DR. JUR. KARL HEYDEN

DIE SUBSIDIARITÄT DER STRAFGESETZE

12

Die
Subsidiarität der Strafgesetze.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Heyden

aus Kloster Heilsbronn

Ratsakzessist der Kgl. Regierungsfinanzkammer von Oberbayern.

ACAD. LUGD BAT. BIBL.

Approbiert am 7. Mai 1907.

München.

Dr. Wild'sche Buchdruckerei (Gebr. Parcus)

1907.

Referent:

Universitäts-Professor Dr. Philipp Allfeld.

Meinem Vater

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549813_0101

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 7

§ 2. Begriff und Arten der Subsidiarität 8

I. Kapitel.

Die Subsidiarität in ihrer ersten Form oder die ausdrücklich ausgesprochene Subsidiarität.

§ 3. Die ausdrücklich ausgesprochene Subsidiarität im Reichsstrafgesetzbuch 11

§ 4. Die ausdrücklich ausgesprochene Subsidiarität in den Reichsstrafnebengesetzen 14

I. Gesetz über das Gesundheitswesen.

II. Gewerbliche Gesetze.

III. Steuergesetze.

IV. Gesetze, die Verkehrsanstalten betr.

V. Gesetze gegen Viehkrankheiten.

VI. Gesetze, das Seewesen betr.

VII. Bankdepotgesetz.

II. Kapitel.

Die Subsidiarität in ihrer zweiten Form oder die gefolgerte Subsidiarität.

§ 5. Die Subsidiarität der Verbrechen nach Art und Form ihrer Begehung 40

§ 6. Die Subsidiarität der Gefährdungs- gegenüber den Verletzungsdelikten 47

§ 7. Die Subsidiarität der Verbote schlechthin gegenüber den Gefährdungs- und Verletzungsverboten 51

§ 8. Die Subsidiarität der Gebote, etwas zu tun, gegenüber den Verletzungsverboten 55

§ 9. Die Subsidiarität der Rechtsfolgen der Fahrlässigkeit in ihren Beziehungen zu den Rechtsfolgen des Vorsatzes 56

§ 10. Das Verhältnis der Subsidiarität infolge von Konsumtion . . . 57

§ 11. Das Verhältnis der Subsidiarität infolge von Absorption und die Subsidiarität der Nachtat im Verhältnis zur Vortat 70

§ 12. Schlußbetrachtung 75

Literaturverzeichnis.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906.

Binding, Dr. Karl, Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885. I. Band.

— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil, Leipzig 1902. I. Band. (II. Band, 1. Abteilung, Leipzig 1904, II. Band, 2. Abteilung, Leipzig 1905).

— Normen.

Buri, von, Kausalität.

Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen.

Entscheidungen des Obertribunals.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1904.

Frank, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Kommentar 3. u. 4. Aufl., Leipzig 1903.

Goldammer, Archiv für Strafrecht.

Haeger, Die Stellung des § 49a im System des Reichsstrafgesetzbuches, Inaugural-Dissertation, Berlin 1903.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bonn 1884, II. Band.

Heinze, Grenzlinien für die Strafbarkeit der unvollkommenen Verbrechensformen.

Hill, Der subsidiäre Charakter der Nötigung, Dissertation, Marburg 1895.

Köhler, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, Habilitationsschrift, München 1900.

Kunreuther, Bankdepotgesetz, Berlin 1898.

Löwenstein, Die Verbrechenskonkurrenz nach dem Reichsstrafgesetzbuch, Stuttgart 1883.

Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Auflage, Leipzig 1895.

— Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6. Auflage, Leipzig 1907, bearbeitet von Dr. Allfeld. In der Abhandlung zit. Meyer-Allfeld.

Liszt, von, Lehrbuch des Strafrechts, 11. Auflage, 1902. 12. u. 13. Auflage. 14. u. 15. Auflage, Berlin 1905.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Auflage, 1897. 6. Auflage, 1900. 7. Auflage, I. Band, 1905. II. Band, 1906.

— Die Reichsstrafnebengesetze. Berlin 1902.

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 12. bis 14. Aufl.

Rießer, Bankdepotgesetz, Textausgabe mit ausführlichen Erläuterungen. Berlin 1897.

Stenglein, Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches. 3. Aufl. Berlin 1903.

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von Staudinger.

Thomas, Ein Beitrag zur Lehre von der Idealkonkurrenz, Dissertation 1898.

Wächter, von, Deutsches Strafrecht, Vorlesungen, Leipzig 1881.

§ 1.

Einleitung.

Das Reichsstrafgesetzbuch handelt in seinem V. Abschnitt vom „Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen". Hiebei normiert es in § 73 die Fälle der Idealkonkurrenz, in § 74 die Fälle der Realkonkurrenz. Dieser letztere Paragraph scheidet bei der Besprechung hier von vornherein aus, da es sich bei der Realkonkurrenz immer um die Begehung mehrerer Verbrechen durch mehrere selbständige Handlungen oder um die mehrmalige Begehung eines und desselben Verbrechens handelt. Dadurch werden mehrere Strafgesetze verletzt und gleichzeitig mehrere Strafen verwirkt.

Anders bei der Idealkonkurrenz nach § 73. Hier werden zwar auch mehrere Strafgesetze verletzt; aber diese Verletzung erfolgt immer durch ein und dieselbe Handlung. Das hat die Idealkonkurrenz mit der Realkonkurrenz gemeinsam, daß es sich immer um eine Verbrechenskonkurrenz[1]) handeln muß (Unterscheidung von der Gesetzeskonkurrenz). Derjenige, der durch e i n e Handlung zwei Strafgesetze verletzt, muß wissen — möglicherweise kann ihm auch das Nichtwissen zur Schuld zugerechnet werden —, daß er durch diese eine Handlung zwei Deliktstatbestände verwirklicht. Der Fall der Idealkonkurrenz wäre beispielsweise gegeben, wenn A auf seine beiden Feinde B und C, die eng bei-

[1]) So die Mehrzahl der Schriftsteller. Anderer Ansicht insbesonders von Liszt 15. Aufl. § 56, welcher ausführt, daß im Fall der sogenannten Idealkonkurrenz nicht Verbrechenskonkurrenz, sondern Gesetzeskonkurrenz vorliege, indem nicht von einem Zusammentreffen mehrerer Verbrechen, wohl aber von einem solchen mehrerer verletzter Strafgesetze die Rede sei. Nun ist aber doch klar, daß eine Handlung mehrere Delikte enthalten kann, und insofern kann man dann auch von Gesetzeskonkurrenz sprechen. Siehe Meyer-Allfeld § 62 I.

einander stehen, einen Schuß abgeben würde mit dem Vorsatz, die beiden durch diesen einen Schuß zu töten, oder wenn er zwar nur den B treffen will, sich aber sagen muß, möglicherweise treffe ich zugleich den C; tritt dieser Erfolg ein, so ist mir das auch gleichgiltig; oder angenommen, es will A das Fenster des B einwerfen; B steht aber am Fenster, sodaß sich A sagen muß, wahrscheinlich treffe ich da auch gleichzeitig den B. A wirft trotzdem. In allen Fällen würde Idealkonkurrenz vorliegen, und zwar würde in einem Fall durch ein und dieselbe Handlung ein und dasselbe Gesetz mehrmals,[1]) im anderen Falle durch ein und dieselbe Handlung zwei verschiedene Strafgesetze verletzt werden.

Nun kennt unser Strafgesetz zweifellos noch eine dritte Art von Konkurrenzfällen, nämlich die Gesetzeskonkurrenz. Diese Art von Konkurrenz, kurz Gesetzeskonkurrenz genannt, ist zwar im Strafgesetzbuch ausdrücklich nirgends normiert, aber sie ist vorhanden, und aus der Natur des Zusammentreffens verschiedener gesetzlicher Bestimmungen zu folgern. Man wird dann von Gesetzeskonkurrenz sprechen können, wenn auf ein und dieselbe Handlung äußerlich genommen verschiedene Deliktsbegriffe zutreffen, von denen aber im Sinne des Gesetzes nur einem Anwendung zukommt.[2])

Man kann nun verschiedene Fälle der Gesetzeskonkurrenz unterscheiden. Es kann Gesetzeskonkurrenz vorhanden sein

1. im Falle der Alternativität der Strafgesetze,
2. im Falle der Spezialität der Strafgesetze und
3. im Falle der Subsidiarität der Strafgesetze.

Um die Darstellung der letzteren Art, um die Fälle der Subsidiarität der Strafgesetze handelt es sich im folgenden.

§ 2.

Begriff und Arten der Subsidiarität.

„Zwei Strafgesetze, die teilweise dieselben oder aber zwei einander ergänzende Tatbestände bedrohen, sind einander sub-

[1]) Anderer Ansicht Meyer-Allfeld S. 355, der hier nicht Deliktskonkurrenz, sondern ein einziges Delikt annimmt, ebenso Liszt § 56, Beling S. 324. Richtig Meyer 5. Aufl. S. 438. Frank § 73 I.

[2]) Meyer-Allfeld § 61d. S. 350.

sidiär, wenn sie nicht im Verhältnis von lex generalis und lex specialis stehen, und dennoch das eine stets nur Anwendung finden will, falls das andere nicht Anwendung findet."[1]) Es entsteht nach beiden Gesetzen ein Strafanspruch; aber der Strafanspruch nach dem subsidiären Gesetz verschwindet solange, als der Strafanspruch nach dem primären Gesetz wirkt, d. h. er besteht nur insoweit, als der andere nicht verwirklicht wird. Es sind aber nicht die Tatbestände einander subsidiär, sondern nur die Strafgesetze; infolgedessen bleibt bei der Subsidiarität nicht nur die Strafdrohung, sondern der Typus selbst unbeachtet, daher kann man sagen, das Strafgesetz selbst als G a n z e s ist subsidiär.[2])

Die Subsidiarität tritt in zwei Formen auf; die erste Form ist formeller Natur und, wenn auch mehr zufällig, doch nicht ohne Bedeutung; die zweite Form, die materieller Natur ist, ist zwar von hoher Bedeutung, findet aber häufig nicht die ihr gebührende Beachtung.

Die beiden Formen, die man mit Köhler[3]) auch kurz die ausgesprochene und die stillschweigende Subsidiarität nennen kann, sind folgende:[4])

Das subsidiäre Strafgesetz will entweder nur Anwendung finden

1. falls die Handlung, die es definiert, nicht nach Maßgabe eines anderen Strafgesetzes einen höheren oder milderen Strafanspruch erzeugt.

2. falls eine andere, als die von ihm definierte Handlung nicht nach strengerer Satzung einen weitergehenden Strafanspruch erzeugt.

Hier ist noch kurz von dem Unterschied der Subsidiarität der Strafgesetze von der Alternativität und Spezialität der Strafgesetze zu handeln.

-- --

[1]) Binding Handbuch I S. 355. Olshausen zu § 73 n. 13., der Binding's Ansicht vollständig akzeptiert hat.

[2]) So Beling S. 282, 306.

[3]) Köhler S. 67.

[4]) Binding Handbuch I S. 355.

Bei der Alternativität wird ein Teil des dem Delikte zugrunde liegenden Tatbestandes von zwei Strafgesetzen umspannt. Es können also beide Strafgesetze zur Anwendung kommen und zwar so, daß bald das eine, bald das andere der konkurrierenden Gesetze dem Urteile zugrunde gelegt wird, d. h. die beiden Gesetze kommen alternativ zur Anwendung, nicht wie bei der Subsidiarität, wo das subsidiäre Gesetz immer bewußtermaßen hinter das primäre zurücktritt. Wenn man die Alternativität bildlich darstellen wollte, so müßte man mit Binding u. a. das Bild zweier sich schneidender Kreise gebrauchen. Das beiden Kreisen gemeinschaftliche Stück gehört je nach dem Tatbestand bald zu dem einen, bald zu dem andern Kreis und fällt infolgedessen bald unter dieses, bald unter jenes Strafgesetz. Welches der konkurrierenden Strafgesetze dann zur Anwendung zu bringen ist, würde der Richter nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden haben.

Näher verwandt mit der Subsidiarität ist die Spezialität der Strafgesetze. Es ist oft schwer zu unterscheiden, wo die Grenzlinie zwischen beiden Konkurrenzarten zu ziehen ist. Bei der Spezialität bildet immer der das Grunddelikt enthaltende Paragraph — die lex generalis — den Ausgangspunkt. Aus diesem Paragraphen heraus schält sich dann das spezielle Gesetz, bald qualifizierend, bald privilegierend gegenüber dem Grunddelikt wirkend. Es kann aber nicht die lex generalis o d e r die lex specialis zur Anwendung kommen, sondern der spezielle Tatbestand fällt immer unter das spezielle Gesetz. Der engere Tatbestand hebt sich aus dem weiteren Tatbestand heraus. Der engere und der weitere Tatbestand stehen bei der Spezialität zu einander gleichsam im umgekehrten Verhältnis wie bei der Subsidiarität.

I. Kapitel.

Die Subsidiarität in ihrer ersten Form oder die ausdrücklich ausgesprochene Subsidiarität.

§ 3.

Die ausdrücklich ausgesprochene Subsidiarität im Reichsstrafgesetzbuch.

Im Reichsstrafgesetzbuch sind eine ganze Reihe von Paragraphen enthalten, die anderen Paragraphen subsidiär sind, d. h. die nur dann Anwendung finden wollen und können, solange nicht sie ausschließende — primäre — Paragraphen zur Anwendung kommen.

Typisch für den Fall der ausdrücklich ausgesprochenen Subsidiarität ist der § 49a RStGB. Dieser Paragraph ist nach seinem Wortlaut und nach der Art seiner Entstehung immer subsidiärer Paragraph. Er kommt erst dann zur Anwendung, wenn das Gesetzbuch jede andere Hilfe verweigert.

Der § 49a stellt die Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen oder die Annahme einer solchen Aufforderung unter Strafe. Wenn das Verbrechen begangen worden ist, so wird zunächst die Frage aufzuwerfen sein: ist der Aufforderer nicht als Anstifter, derjenige, der die Aufforderung annahm, nicht als Täter zu bestrafen? Wird diese Frage bejaht, so kommt § 49a gar nicht weiter in Betracht; es wird dann lediglich aus dem Hauptparagraphen gestraft. Auch dann kann § 49a nicht zur Anwendung kommen, wenn die erfolglose Anstiftung selbständig unter Strafe gestellt ist.[1])

[1]) Köhler S. 69. Binding Handbuch I S. 356 n. 4. Frank § 73 VII 2.

§ 49a RStGB. begründet das Verhältnis der Subsidiarität gegenüber den §§ 85, 110, 111, 112, 159. Ist der Tatbestand dieser Paragraphen gegeben, so hat § 49a kein Recht auf Anwendung; nur dann, wenn die primären Paragraphen die Hilfe versagen, kommt § 49a als Aushilfe, als ergänzender Paragraph wieder zu seinem Recht.

Der subsidiäre § 49a steht auch zum § 333 RStGB. im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz — nicht im Verhältnis der Idealkonkurrenz, wie man meinen könnte — sofern der Beamte seitens des Bestechenden zur Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht bestimmt wird, die sich als Verbrechen oder als Teilnahme an einem Verbrechen im engeren Sinn qualifiziert.[1]) In das Verhältnis der Idealkonkurrenz können § 333 und § 49a RStGB. deshalb nicht treten, weil § 49a ausdrücklich sagt „soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht". In diesen Worten tritt klar zutage, daß damit immer angedeutet werden soll, man habe es mit einem Aushilfedelikt zu tun. Das Aushilfedelikt tritt aber naturgemäß hinter das zu ergänzende Delikt zurück, weshalb immer der Fall der Subsidiarität vorliegt. Die den subsidiären Charakter aussprechenden Worte müssen so ausgelegt werden, wie sie im Gesetz stehen; es darf in diesen Satz nicht durch Hinzufügen anderer Worte ein anderer Sinn hineingetragen werden.[2])

[1]) Binding Handbuch I S. 356 Nr. 4. Lehrbuch 2, 870; Köhler S. 69 Anm. 1; ebenso H. Meyer S. 653 n. 33. 6. Aufl. § 122 Ziff. 7. Hälschner II S. 1046. Frank § 49a II. Die herrschende Ansicht nimmt mit § 333 Idealkonkurrenz an; auch RG. 9 S. 261 und 12 S. 54.

[2]) Haeger, S. 78, der „in Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzes die Klausel in § 49a für überflüssig erklärt", nimmt in allen Fällen das Verhältnis der Spezialität an; im wesentlichen wird die Überflüssigkeit der Klausel auf Ausführungen der Abgeordneten Marquardsen und Dr. Lasker im Reichstag gestützt. Diese mögen in der Klausel nur eine redaktionelle Änderung erblickt haben. Das muß jedoch bei einer theoretischen Untersuchung über die Bedeutung des Satzes außer Betracht bleiben. Im einzelnen auf die Ausführungen Haeger's einzugehen, würde zu weit führen. Wir nehmen an, daß die Klausel eine Bedeutung haben muß und hat, und verneinen damit die Annahme der Spezialität.

Im wesentlichen steht auch Olshausen 7. Aufl. Band I S. 202 auf Haeger's Standpunkt, nimmt aber im Verhältnis zu § 333 Idealkonkurrenz an, da

Ein weiterer hieher gehöriger Paragraph ist der § 207 RStGB. Er normiert eine Subsidiarität der Vorschriften über Tötung und Körperverletzung gegenüber den Duellvorschriften. In erster Linie finden die Vorschriften des XV. Abschnittes über den Zweikampf Anwendung und zwar solange, als sie gegenüber den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten die härtere Strafe enthalten. Erst wenn das nicht der Fall ist, erst wenn die Vorschriften über Tötung und Körperverletzung die härtere Strafbestimmung für den einzelnen Fall treffen, erst dann kommt § 207 in seiner subsidiären Stellung zur Geltung. Voraussetzung ist aber immer, daß die vereinbarten oder hergebrachten Regeln des Zweikampfes vorsätzlich übertreten worden sind und daß dadurch die Tötung oder Körperverletzung bewirkt worden ist.

§ 353a Abs. 1 RStGB. enthält ebenfalls den Satz „sofern nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt ist". § 353a ist daher subsidiär. Er trägt den subsidiären Charakter gegenüber all den Delikten, bei denen nicht schon ihrer Natur nach die unbefugte Mitteilung amtlicher Schriftstücke die Ausführungshandlung bildet. Wenn z. B. die Mitteilung amtlicher Schriftstücke eine ein hochverräterisches Unternehmen vorbereitende Handlung involviert, so wird lediglich aus § 86 RStGB. bestraft und nicht auch aus § 353a.

Zu den Fällen der ausdrücklich ausgesprochenen Subsidiarität zählen ferner noch: § 98 gegenüber dem § 94, § 99 gegenüber § 95, § 100 gegenüber § 96, § 101 gegenüber § 97. Wenn beispielsweise ein Bayer den bayerischen Landesherrn oder wenn ein Bayer während seines Aufenthaltes in Sachsen den König von Sachsen beleidigt, so hat er sich einer Beleidigung aus § 95 schuldig gemacht; beleidigt ein Bayer, der sich z. B. in München aufhält, hier den König von Sachsen, so wird er lediglich aus § 99 bestraft.

es sich bei § 49a um eine Aufforderung zu einem Verbrechen, hier um Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht handelt. Daß der Zusatz eine Bedeutung hat, gibt aber auch Olshausen zu.

Unserer Ansicht auch Liszt 14 und 15. Aufl. S. 243. Dort sagt er: Strafdrohungen, welche nach ausdrücklicher oder stillschweigender Anordnung des Gesetzes anderen gegenüber nur aushilfsweise Geltung haben, werden durch diese ausgeschlossen (Subsidiarität). Beispiele bieten § 49a u. § 207.

§ 4.

Die ausdrücklich ausgesprochene Subsidiarität in den Reichsstrafnebengesetzen.[1])

Nicht nur im Reichsstrafgesetzbuch, sondern auch in mehreren Reichsstrafnebengesetzen sind eine Reihe von Paragraphen enthalten, die den Charakter der Subsidiarität an sich tragen; denn auch dort ist ausdrücklich ausgesprochen, daß sie nur Anwendung finden wollen und können, wenn nicht ein anderes Strafgesetz zur Anwendung kommen muß.

Der Übersichtlichkeit halber wird im folgenden bei Besprechung der einschlägigen Gesetzesstellen gleichzeitig auch der maßgebende Text beigefügt.

I. Gesetz über das Gesundheitswesen und die Lebensmittel.

Der § 17 des Impfgesetzes vom 8. April 1874 lautet:

„Wer bei der Ausführung einer Impfung fahrlässig handelt, wird ..... bestraft, sofern nicht nach dem Strafgesetzbuch eine härtere Strafe eintritt."

Es erhellt auf den ersten Blick, daß man es hier mit einem subsidiären Paragraphen zu tun hat und haben würde, auch wenn der Beisatz, der die Subsidiarität ausdrücklich ausspricht, im angeführten Paragraphen fehlen würde; denn es wäre nicht abzusehen, warum eine fahrlässige Körperverletzung oder sogar eine fahrlässige Tötung — den Vorschriften über fahrlässige Körperverletzung und Tötung ist dieser Paragraph subsidiär —, wenn sie anläßlich der Ausführung einer Impfung verübt worden ist, milder bestraft werden sollte, als wenn sie unter gewöhnlichen Umständen begangen worden wäre. Der Umstand, daß die Körperverletzung oder Tötung bei der Ausführung einer Impfung vorkam, müßte im Gegenteil eher straferschwerend als strafmildernd wirken. § 17 kann also nur als subsidiärer Paragraph in Betracht kommen. Wenn z. B. ein Arzt bei der Ausführung der Impfung fahrlässig handelt oder sich fahrlässiger Weise einer Unterlassung schuldig macht, so fällt dieses Tun oder diese Unter-

[1]) Beispiele finden sich bei Köhler S. 74 und bei Binding S. 356 n. 5.

lassung, sofern sie nicht etwa eine fahrlässige Körperverletzung oder Tötung zur Folge haben und damit die Bestimmungen des Strafgesetzbuches in Anwendung zu bringen sind, unter § 17. Der Arzt würde hienach allein aus dem angezogenen Paragraphen zur Bestrafung geführt werden. Hier zeigt sich ganz deutlich, daß das subsidiäre Strafgesetz nur aushilfsweise Geltung haben will.

II. Gewerbliche Gesetze.

Ein weiterer wichtiger Paragraph für die Subsidiarität ist der § 153 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 in der Fassung vom 26. Juli 1900. In § 153 heißt es:

„Wer andere durch Anwendung körperlichen Zwangs, durch Drohungen, durch Ehrverletzungen oder durch Verrufserklärungen bestimmt oder zu bestimmen versucht, an solchen Verabredungen (§ 152) teilzunehmen, oder ihnen Folge zu leisten, oder andere durch gleiche Mittel hindert oder zu hindern versucht, von solchen Verabredungen zurückzutreten, wird mit Gefängnis ..... bestraft, sofern nach den allgemeinen Strafgesetzen nicht eine härtere Strafe eintritt."

Soweit dieser Paragraph Drohung mit einem Verbrechen oder Vergehen im Auge hat, kommt er hier nicht in Betracht; denn dann findet allein der § 240 des RStGB. über Nötigung Anwendung. Weiterhin tritt dieser Paragraph in Subsidiarität zu dem § 240 des RStGB. Diese Subsidiarität ist ausgesprochen in dem Bedingungssatze: sofern nach den allgemeinen Strafgesetzen nicht eine härtere Strafe eintritt. Eine Idealkonkurrenz zwischen § 240 RStGB. und § 153 der Gew.-O. ist undenkbar.[1]) Das Delikt aus § 153 sollte die allgemeinen Strafbestimmungen über die Nötigung ergänzen. Das ist schon daraus ersichtlich, daß die Nötigungsmittel eine Erweiterung erfahren haben. In dieser Ergänzung liegt die Subsidiarität. Es kann soweit auch Stenglein Seite 922 nicht beigepflichtet werden, wenn er meint, § 153 Gew.-O. werde häufig mit § 240 RStGB. konkurrieren; es liege dann Idealkon-

[1]) Binding Lehrbuch I. Band 1902, S. 95 n. 3.

kurrenz vor, da die Tatbestände des § 240 und des § 153 sich nicht decken.[1])

Das Krankenversicherungsgesetz vom 15. Juni 1883 in der Fassung vom 10. April 1892 mit den Abänderungen vom 30. Juni 1900 und 25. Mai 1903 enthält in seinem § 82 folgende Bestimmungen:

„Arbeitgeber, welche den von ihnen beschäftigten, dem Krankenversicherungszwange unterliegenden Personen bei der Lohnzahlung vorsätzlich höhere als die nach § 53,[2]) 65[3]) zulässigen Beträge in Anrechnung bringen, oder der Bestimmung des § 53 Abs. 3[4]) oder dem Verbot des § 80[5]) entgegenhandeln, werden, sofern nicht nach anderen gesetzlichen Bestimmungen eine härtere Strafe eintritt, mit ..... bestraft."

Die im vorstehenden Paragraphen enthaltene subsidiäre Strafbestimmung kommt nur zur Anwendung, soweit nicht andere Strafgesetze schwerere Strafen androhen. Als solches schwerere Strafen androhende Strafgesetz kommt insbesondere in Betracht § 263 StGB. Wenn z. B. der Arbeitgeber bei der Lohnzahlung vorsätzlich die Hälfte des Versicherungsbeitrages dem Versicherungspflichtigen in Anrechnung bringt mit der Vorspiegelung, der Versicherte sei dazu verpflichtet, und so beim Versicherten eine Vermögensminderung bewirkt, während bei ihm durch die Vorspiegelung eine Vermögensmehrung eintritt, so kommt in

[1]) Stenglein S. 922 § 153 GewO. n. 16. R. G. II vom 2. November 1888, R. X 619. R. G. I vom 20. Juni 1895 (E. XXVII S. 307 ff.), ebenso XXX S. 359.

[2]) § 53 Abs. 1 enthält die Lohnbeträge: $^2/_3$ trägt der versicherungspflichtige Versicherte, $^1/_3$ der Arbeitgeber.

[3]) § 65: Der Arbeitgeber hat ein Drittel aus eigenen Mitteln an Beiträgen zu leisten und die ganzen Beiträge an den festgesetzten Terminen an die Kasse einzuzahlen.

[4]) § 53 Abs. 3: Arbeitgeber, deren Zahlungsunfähigkeit festgestellt ist, sind verpflichtet, die zugelassenen Lohnabzüge zu machen und den Betrag an die berechtigte Kasse abzuliefern.

[5]) § 80: Den Arbeitgebern ist untersagt, die Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzes zum Nachteil der Versicherten durch Verträge auszuschließen oder zu beschränken. Solche Verträge haben keine rechtliche Wirkung.

diesem Falle nur § 263 RStGB. zur Anwendung; denn dieses Strafgesetz droht die schwerere Strafe an, nämlich Gefängnis und Geldstrafe bis zu 3000 Mark, — § 82 Geldstrafe bis zu 300 Mark oder Haft.

§ 82 steht auch zu dem § 82b des gleichen Gesetzes im Verhältnis der Subsidiarität, insofern als § 82 in Verbindung mit § 53 Abs. 3 nur zur Anwendung gelangt, wenn ein Arbeitgeber, dessen Zahlungsunfähigkeit im Zwangsbeitreibungsverfahren festgestellt ist, mit der Absicht sofortiger Zahlung an die berechtigte Kasse die Abzüge macht, dann aber doch die Zahlung unterläßt, und § 82b zur Anwendung kommt, wenn der Arbeitgeber die Abzüge mit dem Bewußtsein macht, die Beträge nicht abführen zu können, sei es, daß seine Zahlungsunfähigkeit festgestellt ist oder nicht.[1])

Der Paragraph 82b scheint an und für sich mit dem Betrugsparagraphen identisch zu sein. Er unterscheidet sich jedoch von diesem dadurch, daß mangels einer Verpflichtung zur Erklärung der Zahlungsunfähigkeit einerseits eine Unterdrückung wahrer Tatsachen oder eine Täuschung überhaupt nicht stattfindet, andererseits eine Vermögensschädigung des Versicherten ausgeschlossen erscheint, weil dieser gesetzlich verpflichtet ist, sich den Beitrag abziehen zu lassen. Das Verhältnis des § 82b ist noch bei der später zu behandelnden zweiten Form der Subsidiarität der Strafgesetze zu besprechen.[2])

Schließlich ist § 82 noch subsidiär dem § 253 RStGB., der von der Erpressung handelt, soweit die Übertretung der Vorschrift des § 80 KrVG. in Anwendung kommt.

Ferner enthält das Invalidenversicherungsgesetz vom 22. Juni 1889 in der Fassung vom 13. Juli 1899 in seinen §§ 180, 181, 182 subsidiäre Bestimmungen. Zunächst § 180.

---

[1]) Stenglein zu § 82b n. 2. S. 1048. Vollendet ist das Delikt erst mit der Nichtablieferung an die Krankenkasse, nicht schon mit dem Lohnabzug. R. G. E. vom 12. Mai 1902, Goltd. 49. S. 270.

[2]) Ganz unrichtig ist die Ansicht des Reichsgerichtes, welches in der Entscheidung vom 9. Oktober 1894 (E. XXVI 121) annimmt, daß zwischen § 82 und § 82b das Verhältnis der Idealkonkurrenz möglich sei. Eine solche Annahme dürfte bei der Verschiedenheit der Voraussetzungen als unbegründet erscheinen.

In § 180 IVG. heißt es:

„Den Arbeitgebern und ihren Angestellten ist untersagt, durch Übereinkunft oder mittels Arbeitsordnungen die Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzes zum Nachteil der Versicherten ganz oder teilweise auszuschließen oder dieselben in der Übernahme oder Ausübung eines in Gemäßheit dieses Gesetzes ihnen übertragenen Ehrenamtes zu beschränken. Vertragsbestimmungen, welche diesem Verbote zuwiderlaufen, haben keine rechtliche Wirkung.

Arbeitgeber oder deren Angestellte, welche gegen die vorstehende Bestimmung verstoßen, werden, sofern nicht nach anderen gesetzlichen Vorschriften eine härtere Strafe eintritt, mit Geldstrafe bis zu 300 Mark oder mit Haft bestraft."

Auch diese Strafbestimmung muß eine subsidiäre genannt werden. § 180 Abs. 2 ist subsidiär den §§ 240 und 253 des RStGB., insofern in der Art des Vertragsabschlusses eine Nötigung oder eine Erpressung liegt. Das Vorkommen beider Delikte ist zur Erreichung des Zweckes denkbar. Es kann dann nicht etwa eine Idealkonkurrenz als vorhanden angenommen werden, sondern es kommt dann beim Zusammentreffen mit einem dieser Tatbestände eben nur der Tatbestand entweder des § 240 oder des § 253 zur Anwendung, während der Tatbestand des § 180 hinter den höheren Strafanspruch der angezogenen Paragraphen zurücktritt.

Des weiteren ist vorstehender Paragraph dem § 263 RStGB. über Betrug subsidiär. Betrug würde vorliegen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeiter falsche Vorspiegelungen über seine gesetzlichen Rechte macht und so bewirkt, daß der Arbeiter einen für ihn nachteiligen Vertrag mit ihm abschließt, der ihm, dem Arbeitgeber, aber pekuniären Vorteil verschafft.[1])

Weiter gehört hieher § 181 des IVG., welcher lautet:

„Die gleiche Strafe (§ 180) trifft, s o f e r n n i c h t n a c h a n d e r e n G e s e t z e n e i n e h ö h e r e S t r a f e v e r w i r k t i s t:

1. Arbeitgeber, welche den von ihnen beschäftigten, dem Versicherungszwange unterliegenden Personen an Beiträgen in

[1]) Stenglein S. 1073 n. 6 zu § 180.

rechtswidriger Absicht mehr bei der Lohnzahlung in Anrechnung bringen, als nach § 34 Absatz 4, § 142 zulässig ist, oder welche es unterlassen, entgegen der Vorschrift des § 142 Absatz 4 die dort gebotenen Lohnabzüge zu machen, oder den bei Anwendung des § 52a des Krankenversicherungsgesetzes auf die Beiträge zur Invalidenversicherung sich ergebenden Verpflichtungen nachzukommen;

2. Angestellte, welche einen solchen größeren Abzug in rechtswidriger Absicht bewirken;

3. Versicherte, welche die Beiträge selbst entrichten, wenn sie dabei von dem Arbeitgeber in rechtswidriger Absicht mehr erstattet verlangen, als nach § 34 Absatz 4, §§ 144, 145 zulässig ist, oder wenn sie für die gleiche Beitragswoche die Erstattung des vollen Beitragsanteils von mehr als einem Arbeitgeber in Anspruch nehmen oder es unterlassen, den vom Arbeitgeber erhobenen Beitragsanteil zur Entrichtung des Beitrages zu verwenden;

4. Personen, welche dem Berechtigten eine Quittungskarte widerrechtlich vorenthalten."

Dieser Paragraph tritt ebenfalls in ein ausdrücklich ausgesprochenes Subsidiaritätsverhältnis zum § 263 RStGB. Wenn beispielsweise ein Angestellter einem Arbeitgeber unter der Vorspiegelung, er wäre nach dem Gesetz dazu verpflichtet, einen größeren Abzug macht, als gesetzlich zulässig ist und diesen Überschuß für sich behält oder einem Dritten zuwendet, so erfüllt er damit den Tatbestand des Betrugs und macht sich kraft des Vorbehalts in § 181 nur nach § 263 RStGB. strafbar.

§ 181 Abs. 4 kann ferner als subsidiärer Paragraph dem § 246 gegenüber in Betracht kommen, wenn eine Person die Quittungskarte dem Berechtigten widerrechtlich vorenthält und damit gleichzeitig eine Unterschlagung begeht. Eine Bereicherung braucht hier nicht vorzuliegen.

§ 182:

„Arbeitgeber, welche den von ihnen beschäftigten Personen auf Grund des § 142 Lohnbeträge in Abzug bringen, die abgezogenen Beträge aber nicht zu Zwecken der Versicherung

verwenden, werden, falls nicht nach anderen Gesetzen eine höhere Strafe verwirkt ist, mit Geldstrafe bis zu 300 Mark oder mit Haft bestraft. Wurde die Verwendung in der Absicht unterlassen, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, oder die Versicherungsanstalt oder die Versicherten zu schädigen, so tritt Gefängnisstrafe ein."

Der Absatz 1 des vorstehenden Paragraphen ist dem Absatz 2 subsidiär. Das Delikt des § 182 Abs. 1 kann nur fahrlässig begangen werden. Wird die Tat vorsätzlich verübt, und war sich der Arbeitgeber bewußt, daß durch die Nichtabführung der abgezogenen Gelder für ihn oder einen Dritten ein Vermögensvorteil eintritt, so kommt nur § 182 Abs. 2 zur Anwendung.

Mit § 182 Abs. 1 könnte eventuell auch das Vergehen der Unterschlagung nach § 246 RStGB konkurrieren. Die Vermischung des fremden Geldes mit dem eigenen bewirkt nicht Alleineigentum, sondern es entsteht Miteigentum, und an Miteigentum kann ebenfalls Unterschlagung begangen werden. Schlägt der Tatbestand des § 246 ein, dann kommt auch nur dieser Paragraph als der primäre zur Anwendung.

Der Absatz 2 des § 182 tritt zum § 263 RStGB. in das Verhältnis der Subsidiarität, wenn im einzelnen Fall neben der Bereicherung und der Vermögensschädigung noch das Moment der Vorspiegelung falscher Tatsachen, wie sie § 263 RStGB. verlangt, eine Rolle spielt.

Weiter ist hier noch anzuführen der § 149 des Invalidenversicherungsgesetzes, welcher lautet:

„Arbeitgeber, welche wissentlich andere als die vorgeschriebenen Marken verwenden, sowie Angestellte und Versicherte, welche wissentlich eine solche unrichtige Verwendung bewirken, werden, sofern nicht nach anderen gesetzlichen Vorschriften eine härtere Strafe eintritt, mit Geldstrafe von 20 bis zu 1000 Mark oder mit Gefängnis bestraft."

Die Subsidiarität zeigt sich beispielsweise im Verhältnis zu § 154 des nämlichen Gesetzes. Der § 149 kommt nur zur Anwendung, wenn die verwendeten Marken nicht wissentlich verfälscht und als unecht hergestellt sind, um sie zu verwenden;

wenn z. B. Marken verwendet werden von einer Versicherungsanstalt, welche für den Versicherten nicht zuständig ist, oder wenn Briefmarken oder Stempelmarken von gleichem Wert statt der Versicherungsmarken zur Verwendung kommen.

Die Verwendung der Marken muß immer eine vorsätzliche sein. Geschieht die Verwendung fahrlässig, so ist derjenige, der sie verwendet, überhaupt nicht strafbar, da das Delikt des § 149 nur vorsätzlich nicht auch fahrlässig begangen werden kann.

III. Steuergesetze.

Aus den Steuergesetzen enthält subsidiäre Bestimmungen das Vereinsgesetz vom 1. Juli 1869 in seinem § 160 und § 161.

In § 160 heißt es:

„Wer einem zur Wahrnehmung des Zollinteresses verpflichteten Beamten oder den Angehörigen desselben wegen einer zu seinem Wirkungskreis gehörigen Handlung . . . . . Geschenke anbietet, verspricht oder gewährt, wird, wenn solche den gesetzlichen Charakter der Bestechung haben, mit der Strafe der Bestechung, sonst mit Ordnungsstrafe belegt."

Hier kommt die Subsidiarität deutlich zum Ausdruck. Dieser Paragraph hat die aktive Bestechung des § 333 RStGB. im Auge. Die Bestechung wird hienach bestraft, wenn der Beamte zu einer Handlung verleitet werden soll, die eine Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht enthält. Eine solche Verletzung muß tatsächlich vorliegen für das strafbare Delikt. Die Meinung, es liege der Tatbestand objektiv vor, genügt nicht. Nur wenn tatsächlich diese Art der Bestechung gegeben ist, kann § 333 Anwendung finden, und dieser Paragraph m u ß dann Anwendung finden, während der § 160 n u r zur Anwendung kommt, wenn § 333 nicht zur Anwendung kommen kann. § 160 würde z. B. angewendet werden gegen jemand, der die Geschenke gibt, wenn die Amtshandlung objektiv erlaubt ist.

§ 161 lautet:

„Wer sich Handlungen . . . . . zu Schulden kommen läßt, wodurch ein solcher Beamter in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes verhindert wird, hat, sofern dadurch keine

Beleidigung oder tatsächliche Widersetzlichkeit verbunden ist gegen die Person des Beamten, eine Geldbuße verwirkt."

Der vorstehende Paragraph enthält die ausdrücklich ausgesprochene Subsidiarität zu § 113 und § 185 ff. Sobald die Handlung mit Gewalt an einer Person des Beamten begangen ist, tritt § 113 auf; primär kann auch § 223 RStGB. zur Anwendung kommen, insofern die tatsächliche Widersetzlichkeit in einer Körperverletzung besteht.

Das Gesetz vom 31. Mai 1872 wegen Erhebung der Brausteuer enthält in seinen §§ 35 und 36 subsidiäre Strafbestimmungen.

§ 35 sagt:

„Die Übertretung der Bestimmungen dieses Gesetzes sowie der dazu erlassenen Verwaltungsvorschrift wird, s o f e r n n i c h t die Defraudationsstrafe verwirkt ist, mit einer Ordnungsstrafe bis zu 150 Mark geahndet."

In diesem Paragraph steht wörtlich, daß er dem § 30, der die Defraudationsstrafe festsetzt, subsidiär ist. Wichtiger ist aber das subsidiäre Verhältnis zum § 263 RStGB. Nur soweit nicht überhaupt die Betrugsstrafe verwirkt ist, kommt § 35 zur Anwendung.

Nach dem Brausteuergesetz ist ein Brauregister zu führen. Werden nun in diesem Brauregister absichtlich falsche Einträge gemacht, um die Steuerbehörde über den Verbrauch von Braustoffen zu täuschen, sei es zu welchem Zwecke auch immer,[1]) so kommt unter keinen Umständen die vorstehende Ordnungsstrafe oder die Defraudationsstrafe nach § 30 zur Anwendung, sondern einzig und allein die Betrugsstrafe.[2])

[1]) Stenglein spricht von dem Zweck, um bei Verlängerung des Fixationsvertrags billigere Bedingungen zu erhalten oder bei Fixation mit Nachversteuerung eine geringere Steuerschuld zu erreichen.

[2]) O. Tr. 28. September 1876. Goltd. XXIV. S. 624. O. R. XVII. 607. R. G. Pl. 4. April 1881. E. IV 50. R. III. 193, welche mit der vorgetragenen Ansicht übereinstimmen; anderer Meinung, aber offenbar unrichtig, R. G. III 26. November 1880. R. II 113, welche Entscheidung nur Ordnungsstrafe angewendet wissen will.

In § 36 heißt es:

„Mit Ordnungsstrafe wird außerdem belegt:

1. Wer einem zur Wahrnehmung des Steuerinteresses verpflichteten Beamten oder dessen Angehörige wegen einer auf die Erhebung oder Beaufsichtigung der Brausteuer bezüglichen Amtshandlung oder Unterlassung einer solchen Geschenke oder andere Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt, sofern nicht der Tatbestand der Bestechung § 333 RStGB. vorliegt.

2. Wer sich Handlungen oder Unterlassungen zu Schulden kommen läßt, durch welche ein solcher Beamter an der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes in Bezug auf die Brausteuer verhindert wird, sofern nicht der Tatbestand der strafbaren Widersetzlichkeit § 113 RStGB. vorliegt."

In den beiden Ziffern wird bereits der primäre Paragraph bezeichnet — § 333, § 113 —.

Ziffer 1 ist subsidiär gegenüber dem § 333 RStGB. Die Ziffer 1 des § 36 des Brausteuergesetzes belegt diejenigen mit Ordnungsstrafe, welche den Steuerbeamten Geschenke oder Vorteile für ihre Tätigkeit anbieten, versprechen oder gewähren. Es handelt sich lediglich um eine Ordnungswidrigkeit. Möglicherweise kann der Tatbestand des § 36 in den der Bestechung nach § 333 RStGB. übergehen und zwar dann, wenn die Handlung oder Unterlassung, auf welche sich das angebotene, versprochene oder gewährte Geschenk oder der Vorteil bezieht, eine Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht enthalten würde. Es ist recht wohl denkbar, daß einer einem Steuerbeamten Zigarren anbietet für seine Bemühungen, ohne dabei auch nur den Gedanken an eine Bestechung zu haben; in diesem Fall ist der § 36 des Brausteuergesetzes verletzt. Tut er dies aber, um den Beamten zu bestimmen, eine Amtspflicht zu verletzen, so wird der § 36 überholt durch den § 333 RStGB. über Bestechung. § 36 kann und will dann gar nicht mehr angewendet werden.

Ähnlich ist es mit Ziffer 2 des angezogenen Paragraphen. Den Tatbestand der Ziffer 2 kann jeder verletzen, ohne einen besonderen verbrecherischen Willen zu bekunden. Es ist keine Gewalt an der Person des Beamten vorausgesetzt, — dies würde

unter § 113 des RStGB. fallen, — vielmehr fällt unter Ziffer 2 jede mittelbare Verhinderung, z. B. durch Absperren der Braulokalitäten zu einer Zeit, in welcher der Beamte Zutritt verlangen kann, oder die Zurückhaltung des Beamten an einem dritten Ort; es genügt das bloße Bewußtsein der Verhinderung; die Verhinderung selbst muß nicht bezweckt sein. Wer also die Braulokalitäten versperrt hält, obgleich er sich bewußt ist, oder bewußt sein muß, daß eine berechtigte Revision in Aussicht steht, ist strafbar, wenn auch der nächste Zweck nicht Verhinderung der Revision ist.[1])

In gleichem Sinn wie die vorstehenden Paragraphen sind noch folgende Paragraphen aus Steuergesetzen subsidiär: § 40 und § 41 des Gesetzes vom 16. Juli 1879 betreffend die Besteuerung des Tabaks. — Es ist überflüssig, diese und die folgenden Paragraphen aus den Steuergesetzen wörtlich anzufügen, da sie alle den gleichen Wortlaut haben wie die oben niedergelegten §§ 35 und 36 des Brausteuergesetzes.

Ersterer Paragraph ist subsidiär den §§ 34, 36 Abs. 2 und 38 des zit. Gesetzes, letzterer den §§ 333 und 113 des StGB. Die Ziffer 2 des § 41 ist z. B. verletzt, wenn die Verhinderung geschieht durch Bedrohung mit einer Denunziation, ohne Gewalt an der Person des Beamten zu üben; sobald Gewalt angewendet wird, ist § 113 StGB. verletzt.

Weiterhin ist anzuführen § 26 und § 27 des Reichsgesetzes vom 24. Juni 1887, in der Fassung der Gesetze vom 16. Juni 1895, 4. April 1898 und 7. Juli 1902, betreffend die Besteuerung des Branntweins. Auch hier wie bei allen Steuerdelikten ist Voraussetzung für Anwendung der Defraudationsstrafe, daß seitens des Täters die Absicht besteht, die Verbrauchsabgabe zu hinterziehen. Fehlt diese, so kann nur von Ordnungsstrafe die Rede sein, umgekehrt kann nie die Ordnungsstrafe zur Anwendung kommen, sondern lediglich die Defraudationsstrafe.

In gleicher Weise sind zu behandeln die §§ 52 und 53 des Gesetzes vom 31. Mai 1891 mit den gleichen Paragraphen des

[1]) Stenglein S. 1186 zu § 36 Brausteuergesetz n. 1 u. 2.

Gesetzes vom 27. Mai 1896, betreffend die Abänderung des Zuckersteuergesetzes.

Der § 15 des Gesetzes vom 3. Juli 1878, betreffend den Spielkartenstempel lautet:

„Die Entfernung überzähliger Karten aus der Fabrik oder der Ausschußblätter, bevor letztere nach Vorschrift des betreffenden Regulativs unbrauchbar gemacht worden sind, ist, sofern nicht nach Vorstehendem (die vorgehenden Paragraphen des Gesetzes) eine höhere Strafe eintritt, mit einer Geldstrafe von . . . . . zu belegen."

§ 15 kann insbesondere subsidiär sein gegenüber den §§ 14 und 13 des zit. Gesetzes, welche die höhere Strafe androhen.

§ 16, der alle Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften dieses Gesetzes, sofern sie mit keiner besonderen Strafe belegt sind, mit Ordnungsstrafe bedroht, ist subsidiär dem § 11 des zit. Gesetzes.

Typisch für die ausdrücklich ausgesprochene Subsidiarität ist der § 63 des Bundesgesetzes vom 8. Juli 1868, betreffend die Besteuerung des Branntweins in verschiedenen zum norddeutschen Bund gehörenden Staaten und Gebietsteilen.

Vorauszuschicken ist, daß vermöge des § 40 des oben genannten Branntweinsteuergesetzes vom 24. Juni 1887 auch das in Frage stehende Gesetz vom 8. Juli 1868 für das ganze Deutsche Reich gilt, jedoch nur mit beschränkter Wirksamkeit auf die landeswirtschaftlichen und auf die Melasse, Rüben oder Rübensaft verarbeitenden Brennereien.[1])[2])

§ 63 lautet:

„Eigenmächtige Veränderungen in dem von der Steuerhebestelle vollzogenen Betriebsplane, insofern dadurch nicht eine härtere Strafe verwirkt ist, werden mit 3 bis 75 fl. bestraft."

Was vorstehend in betreff der Betriebspläne angeordnet worden, gilt auch für die Materialvorratsverzeichnisse. (§ 11.)

[1]) Stenglein Vorbemerkung zum Gesetz vom 24. Juni 1887 S. 1210.

[2]) Gemäß des Vorbehaltes in § 47 des Gesetzes vom 24. Juni 1887 wurde dieses Gesetz auch in Bayern, Württemberg und Baden eingeführt, in Bayern durch Kaiserl. Verordnung vom 27. September 1887.

Wer eine Brennerei in Betrieb setzen will, ist nach § 10 des Gesetzes verpflichtet, vor dem Beginn desselben den Betriebsplan bei der Steuerhebestelle anzumelden; ebenso hat jeder, der Branntwein aus nicht mehligen Stoffen bereiten will, nach § 11 des Gesetzes zuvor der Steuerhebestelle ein Verzeichnis seiner sämtlichen Materialvorräte einzureichen, auch jeden ferneren Zugang zur Nachtragung in das Verzeichnis sogleich anzumelden.

Der Betriebsplan erhält durch die Genehmigung und Fertigung seitens der Steuerbehörde die Qualität einer Urkunde; sie stellt eine Übereinkunft zwischen Steuerbehörde und Brennereitreibenden fest, die durch die Urkunde bewiesen wird — das gleiche gilt für das Materialvorratsverzeichnis.

Wird nun ein solcher Betriebsplan, eine solche Urkunde in rechtswidriger Absicht eigenmächtig verändert, verfälscht und wird von derselben zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch gemacht, so wird dadurch der § 267 bezw. 268 StGB. über Urkundenfälschung verletzt. Durch Verletzung dieser Paragraphen wird eine härtere Strafe, nämlich Gefängnis bezw. Zuchthaus verwirkt, und es kommt deshalb nur einer dieser Paragraphen zur Anwendung. Durch die Strafe der Urkundenfälschung wird die Strafe des § 63 vollständig ausgeschlossen. Darin liegt der subsidiäre Charakter des § 63. Würde die Änderung jedoch einen Punkt betreffen, der nicht als beweiserheblich anzusehen ist, also z. B. eine bloße Änderung im Wortlaut, nicht im Wesen, so würde wiederum nur § 63 Anwendung finden. Dasselbe wäre auch der Fall, wenn zwar alle objektiven Tatbestandsmerkmale des § 267 gegeben wären, aber z. B. das subjektive Moment, der dolus fehlen würde.[1])

Aus dem Sinn des § 63 geht hervor, daß die Strafe dieses Paragraphen nur den Brennereitreibenden trifft. Nimmt ein Dritter Veränderungen vor, so kann § 63 überhaupt nicht zur Anwendung kommen, sondern lediglich eventuell die Paragraphen über Urkundenfälschung. Beschädigungen und Wegnahme seitens eines Dritten wären aus §§ 303, 242 oder 274 Ziff. 1 StGB. zu

[1]) Stenglein S. 1249 zu § 63 n. 1.

strafen. Ist dieser Dritte aber lediglich Werkzeug des Brennereitreibenden, so tritt § 63 wieder in seine Rechte.[1])

Daran ist immer festzuhalten, daß zwischen dem § 63 des Gesetzes und den angezogenen Paragraphen des Strafgesetzes eine Idealkonkurrenz nie stattfinden kann, sondern nur Gesetzeskonkurrenz im Verhältnis der Subsidiarität.

Schließlich gehören hieher die Bestimmungen des § 15 und 17 des Salzsteuergesetzes vom 12. Oktober 1867. Die Behandlung dieser Paragraphen ist identisch mit jener der übrigen Paragraphen aus den angeführten Steuergesetzen.

An dieser Stelle ist noch zu besprechen das Verhältnis zwischen der Steuerdefraudation und dem Betrug. Begrifflich liegt in der Steuerdefraudation auch zugleich meistens der Tatbestand des Betruges; denn die Täuschung gehört sowohl zum Tatbestand des Betruges wie der Defraudation. Eine Idealkonkurrenz zwischen beiden Delikten ist nicht möglich. Da infolge der Einheit der Handlung nur immer ein Strafgesetz zur Anwendung zu kommen hat, so ist in diesem Fall immer das Defraudationsgesetz verletzt. Es liegt also Gesetzeskonkurrenz vor, und zwar nicht im Verhältnis der Subsidiarität, sondern im Verhältnis der Spezialität. Die lex specialis, das Defraudationsgesetz, zwingt die lex generalis, den Betrug, zum Rücktritt.

IV. Gesetze, die Verkehrsanstalten betreffend.

In Betracht kommt der § 2 des Reichsgesetzes vom 21. November 1887 zur Ausführung des internationalen Vertrags zum Schutz der unterseeischen Telegraphenkabel vom 14. März 1884.

In diesem Paragraphen heißt es:

„Zuwiderhandlungen gegen die in den Art. 5 Abs. 2—4 und 6 des internationalen Vertrags vom 14. März 1884 und im § 1 dieses Gesetzes enthaltenen Bestimmungen werden, sofern nicht nach allgemeinen Strafgesetzen eine höhere Strafe verwirkt ist, mit Geldstrafe bis zu 600 Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft."

---

[1]) Stenglein S. 1249 zu § 63 n. 5.

Diejenigen Strafgesetze, nach denen eine höhere Strafe verwirkt ist, sind die §§ 317 und 318 des StGB. Hiernach ist für die vorsätzliche und rechtswidrige Verhinderung und Gefährdung des Betriebs einer dem öffentlichen Zweck dienenden Telegraphenanlage — die Verhinderung oder Gefährdung liegt in der Beschädigung oder Veränderung — eine Gefängnisstrafe von einem Monat bis zu drei Jahren angedroht, während die fahrlässige Verletzung dieser Bestimmungen mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 900 Mark bestraft wird.

Man könnte vielleicht sagen, die §§ 317 und 318 des StGB. finden auf unterseeische Telegraphenkabel überhaupt keine Anwendung, da sich diese Kabel immer auf hoher See befinden, während die angeführten Paragraphen nur innerhalb des Deutschen Reiches anzuwenden sind.

Hiegegen ist zu sagen: nach § 4 des StGB. kann ein Deutscher, der im Ausland eine Handlung begangen hat, die nach den Gesetzen des Deutschen Reiches als Verbrechen oder Vergehen anzusehen und durch die Gesetze des Ortes, an welchem sie begangen wurde, mit Strafe bedroht ist, nach den Strafgesetzen des Deutschen Reiches verfolgt werden. Da nun die hohe See ein Ort ist, der überhaupt keine Gesetze hat, so kommen einerseits die Bestimmungen im letzten Passus des § 4 vollständig in Wegfall,[1]) andererseits werden Schiffe auf offener See als Stücke des Landes betrachtet, dem sie angehören. Das vorstehende Delikt kann auch nur immer vom Schiff aus begangen werden.

Bei der möglichen Konkurrenz des § 2 des Gesetzes vom

[1]) Ebenso Meyer-Allfeld § 16 B β a a. n. 32 mit der zutreffenden Begründung: nach der ratio legis und dem Wortlaut des Gesetzes (§ 4) kann nur ein Ort gemeint sein, der überhaupt Gesetze hat. Staatenlose Gebiete, wie die offene See, fallen also hierunter überhaupt nicht. Siehe auch die n. 33 angegebene Literatur. Anderer Ansicht Frank III 3b zu den §§ 4, 5, Olshausen 7. Aufl. § 4 n. 16, der sagt: Die Verfolgung wegen Handlungen, die auf staatenlosen Gebieten, wie dem offenen Meer, für welches keine Strafgesetze existieren, begangen sind, ist unzulässig. Die unterseeischen Telegraphenkabel außerhalb der Küstengewässer genießen strafrechtlichen Schutz nur zufolge des internationalen Vertrages vom 14. März 1884, sowie des Gesetzes vom 21. November 1887.

21. November 1887 mit den §§ 317, 318 RStGB. ist § 2 subsidiärer Paragraph. § 2 kann z. B. Anwendung finden, wenn ein schädigender Erfolg nicht gegeben ist, wenn aber die Kabel einer Gefährdung vorsätzlich oder fahrlässig ausgesetzt sind dadurch, daß das Schiff bezw. der Schiffer in schuldhafter Weise den einmeiligen Umkreis des mit dem Legen oder der Wiederherstellung eines Kabels beschäftigten Schiffes oder den einviertelmeiligen Umkreis der Boje überschritten hat.

Subsidiären Charakter hat der § 82 der Eisenbahnbau- und Betriebsordnung für die Haupt- und Nebeneisenbahnen Deutschlands vom 4. November 1904.

§ 82 lautet:

„Wer den Bestimmungen der §§ 77—81 zuwiderhandelt, wird mit Geldstrafe bis zu 100 Mark bestraft, wenn nicht nach den allgemeinen Strafbestimmungen eine höhere Strafe verwirkt ist. Die gleiche Strafe trifft den, der den Bestimmungen der Verkehrsordnung über die von der Mitnahme in Personenwagen ausgeschlossenen Gegenstände zuwiderhandelt."

Der § 82 ist in Verbindung mit den §§ 77—81 dieses Gesetzes einer Reihe von Paragraphen im Strafgesetzbuch subsidiär.

Zum Verständnis des Subsidiaritätsverhältnisses ist es nötig, auf die einzelnen Paragraphen einzugehen.

§ 77 — dieser und die folgenden angeführten Paragraphen sind natürlich immer mit der Strafbestimmung in § 82 zu verbinden — bedroht die Zuwiderhandlung gegen die Anordnungen, welche von der Eisenbahnverwaltung behufs Aufrechterhaltung der Ordnung getroffen werden, und die Nichtfolgeleistung einer von einem Bahnbeamten gemachten dienstlichen Anordnung. Diese Zuwiderhandlung, die lediglich aus bewußtem Ungehorsam begangen wird, wird nach § 82 mit Geldstrafe bedroht.

Wenn ich also z. B. in ein Wagenabteil einsteige, das mit der Aufschrift „Für Frauen" oder „Für Nichtraucher" versehen ist und der Anordnung des Schaffners, ein anderes Coupé aufzusuchen oder zu rauchen aufzuhören, nicht Folge leiste, so begehe ich eine Übertretung nach § 77 und bin durch den bewußten Ungehorsam der Strafe verfallen. Wenn ich aber bei dem gleichen

Tatbestand den Beamten, der in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes handelt, tätlich angreife, so bin ich strafbar nach § 113 RStGB., und zwar findet jetzt nur § 113 Anwendung, da dieser die höhere Strafe, nämlich Gefängnis, androht, und der § 82, der bewußtermaßen hinter den § 113 kraft des Vorbehalts zurücktritt, gar keinen Anspruch auf Anwendung mehr erheben will.

§ 78 stellt das unbefugte Betreten der Bahn, § 79 den Aufenthalt auf den Schienen, das Überschreiten derselben und das eigenmächtige Öffnen der Schranken usw. unter Strafe. § 78 findet Anwendung, wenn z. B. einer das Bahngeleise überschreitet, um den Weg abzukürzen. Öffnet aber jemand die Schranke, um mit seinem Fuhrwerk noch die Bahn zu überqueren, obwohl er weiß bezw. wissen muß, daß alle Augenblicke ein Zug kommen wird, so gefährdet er dadurch, sei es vorsätzlicher oder fahrlässiger Weise, einen Eisenbahntransport und wird somit aus dem härteren Strafgesetz, aus den §§ 315 oder 316 des StGB. strafbar. Der subsidiäre § 79 kommt dann nicht zur Anwendung.

Es bestünde auch die Möglichkeit, daß § 78 oder § 79 mit § 82 den §§ 211 ff. RStGB. über Tötung subsidiär werden könnte. Jemand führt z. B. einen anderen, der vielleicht taub ist, in der Absicht, ihn zu töten, auf ein Bahngeleise, während er selbst auf dem Damm bleibt, um vom Zuge nicht erfaßt zu werden. Der verletzt zwar nicht nur das Strafgesetz über Tötung, sondern vergeht sich auch gegen § 78 der Eisenbahnbau- und Betriebsordnung; aber die beiden übertretenen Strafgesetze konkurrieren nicht ideal, sondern es besteht zwischen beiden Paragraphen das Subsidiaritätsverhältnis.

Der subsidiäre Paragraph käme dann wider zur Geltung und dann will er auch angewendet werden, wenn die Strafe des primären Paragraphen infolge von Strafausschließungsgründen nicht angewendet werden kann.

§ 78 Abs. 8 besagt: für das Betreten der Bahnanlagen durch die Tiere ist der verantwortlich, dem die Aufsicht über die Tiere obliegt. Beim Zusammentreffen mit § 315 oder § 316 kommt die Strafandrohung des § 82 infolge des Subsidiaritätsverhältnisses nicht zur Anwendung.

Bestimmungen über Beschädigungen der Bahn, der Betriebseinrichtungen oder der Fahrzeuge, über das Legen von Gegenständen auf die Fahrbahn oder die Anbringung sonstiger Fahrthindernisse, über Umstellung der Weichen, Erregung von falschem Alarm, Nachahmung von Signalen oder Vornahme anderer betriebsstörender Handlungen bringt § 80 des Gesetzes.

§ 80 kann gemäß des Vorbehalts in § 82 zunächst mit § 303 des RStGB. in Konkurrenz treten. Der letztere Paragraph spricht die härtere Strafe aus. Handelt es sich also um vorsätzliche Sachbeschädigung — nur diese bestraft § 303 — so findet zweifellos auch nur § 303 Anwendung; § 80 steht, vorausgesetzt, daß der erforderliche Strafantrag gegeben ist, als subsidiärer Paragraph bewußtermaßen hinter § 303. Fehlt es nun aber beispielsweise am Strafantrag oder am dolus, so wird aus den §§ 80, 82 gestraft, denn § 80 will insbesondere auch die fahrlässige Sachbeschädigung gestraft wissen und verlangt zudem nicht den Strafantrag — es müßte denn sein, daß § 316 Platz greift.

Man könnte allerdings meinen, daß bei Beschädigung von Bahnanlagen § 303 überhaupt ausscheidet und nur § 304 einschlägt, der auch keinen Strafantrag verlangt. Eine derartige Annahme dürfte nicht richtig erscheinen; denn § 304 handelt nur von der Beschädigung und Zerstörung von Gegenständen, welche zum öffentlichen Nutzen dienen. Erleidet aber beispielsweise der Bahndamm durch Wegnahme von Erde oder Rasen einen Substanzverlust, so wird man doch nicht sagen können, daß es sich hier um Beschädigung von Gegenständen handelt, welche dem öffentlichen Nutzen dienen. Wird die Bahnanlage aber ganz oder teilweise zerstört, so scheidet ebenfalls § 304 aus, da in diesem Falle § 305 eventuell § 315, § 316 RStGB. einschlägig ist.

Wird durch das Anbringen von Fahrthindernissen oder durch das Nachahmen von Signalen ein Zug vorsätzlich oder fahrlässig gefährdet, so kommt nur § 315 oder § 316 zur Anwendung. Wird aber auf dem Eisenbahndamm eine Strohpuppe lediglich aus Scherz aufgestellt, ohne daß dadurch nur irgendwie die Möglichkeit geboten wäre, den Transport zu gefährden, so ist nur aus § 80, § 82 zu strafen.

Was nun noch § 81 anlangt, so belegt dieser mit Strafe insbesondere das Werfen von Gegenständen aus dem Wagen[1]), wodurch Menschen oder Sachen beschädigt werden können. § 81 verbietet das Werfen an sich — natürlich fällt hierunter nicht Papier, da dadurch schwerlich eine Person oder eine Sache beschädigt werden kann. Wird das Werfen ausgeführt in der Absicht, Menschen, Tiere usw. zu treffen, so greift § 366 Ziff. 7 Platz: denn dieser droht alternativ Haft, also härtere Strafe an.

Wird § 81 angewendet, so darf das Werfen keinen Erfolg gehabt haben; denn sonst käme eventuell § 211 ff., § 223 ff. oder § 303 zur Anwendung, je nachdem subjektiv oder objektiv dieses oder jenes Rechtsgut verletzt wird.

Das Subsidiaritätsverhältnis der angeführten Paragraphen gegenüber den Bestimmungen des Strafgesetzbuches ist also überaus mannigfaltig.

Schließlich kommt noch § 82 selbst in Betracht. Hiernach trifft nach Absatz 2 denjenigen die gleiche Strafe, der den Bestimmungen der Verkehrsordnung über die von der Mitnahme in Personenwagen ausgeschlossenen Gegenständen zuwiderhandelt. Hiezu gehört § 29 der Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Oktober 1899, gültig ab 1. Januar 1900, die in § 29 bestimmt: feuergefährliche Gegenstände, sowie andere Gegenstände, die auf irgend eine Weise Schaden verursachen können, insbesondere geladene Gewehre, Schießpulver, leicht entzündbare Stoffe und dergleichen sind von der Mitnahme ausgeschlossen. Würde durch das Mitnehmen solcher Stoffe eine Brandstiftung vorsätzlicher oder fahrlässiger Weise herbeigeführt oder durch das Explodieren eine Sachbeschädigung oder eine Tötung von Menschen, so müßte von dem primär einschlägigen härteren Strafgesetz Gebrauch gemacht werden. Dann würden die §§ 306 ff., §§ 211 ff., §§ 223 ff., § 303, eventuell auch § 367 Ziff. 5, wenn die Stoffe im Reisegepäck

[1]) Der Zusatz „während der Fahrt", der in § 61 der Betriebsordnung für die Haupteisenbahnen Deutschlands vom 5. Juli 1892 enthalten war, ist jetzt weggefallen. Es kann daher kein Zweifel mehr bestehen, daß auch das Werfen von Gegenständen aus dem Zug während des Aufenthaltes auf Stationen verboten ist.

aufbewahrt sind. Anwendung finden. Auch die speziellen Bestimmungen des Gesetzes vom 9. Juni 1884 gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen könnten Anwendung finden.

Zu bemerken ist noch, daß aber für eine Bestrafung aus § 82 immer ein Verschulden Voraussetzung bildet. Es genügt hiebei aber bloßes fahrlässiges Handeln. Die Fahrlässigkeit besteht hier in der Nichtbeachtung aufgestellter positiver Vorschriften aus mangelnder pflichtgemäßer Überlegung oder in Nichtkenntnis gesetzlicher Vorschriften, wo eine Pflicht zur Kenntnis besteht.[1])

Die Strafbestimmungen der §§ 77—82 vorgenannten Gesetzes gelten auch für Bayern, insofern diese Bestimmungen fast im Wortlaut in die Eisenbahnbau- und Betriebsordnung für die Haupt- und Nebeneisenbahnen Bayerns vom 13. April 1905, gültig ab 1. Mai 1905, aufgenommen wurden.

V. Gesetz gegen Viehkrankheiten.

Aus dem Reichsgesetz vom 25. Februar 1876, betreffend die Beseitigung von Ansteckungsstoffen bei Viehbeförderung auf Eisenbahnen, ist hier § 5 anzuführen, welcher lautet:

„Im Eisenbahndienst beschäftigte Personen, welche die ihnen . . . . . obliegende Pflicht der Anordnung, Ausführung und Überwachung einer Desinfektion vernachlässigen, werden mit Geldstrafe bis zu 1000 Mark und wenn durch die Vernachlässigung Vieh von einer Seuche ergriffen worden ist, mit Geldstrafe bis zu 3000 Mark oder mit Gefängnis bis zu einem Jahr bestraft, sofern nicht durch die Vorschriften des Strafgesetzbuches eine der Art oder dem Maße nach schwerere Strafe angedroht ist.“

Dieses Reichsgesetz wurde deshalb erlassen, weil sich die Bestimmungen in § 328 des StGB. als unzulänglich herausstellten (Motive Seite 11). Das Delikt aus § 5 stellt sich im Verhältnis zu jenem aus § 328 als subsidiäres Delikt dar. Es kann nur fahrlässig begangen werden, während der § 328 Vorsatz voraussetzt. Beide Paragraphen stehen zu einander in Gesetzeskonkurrenz, nicht in Idealkonkurrenz. Wo das eine Delikt aufhört, fängt das

[1]) Stenglein S. 325.

andere an. Das Unterscheidungsmerkmal liegt, wie gesagt, lediglich im subjektiven Moment. § 5 erster Teil ist dem Absatz 1 des § 328 RStGB. subsidiär; er droht eine der Art nach schwerere Strafe an, während der zweite Teil des § 5 l. c. dem § 328 Abs. 2 subsidiär ist; hier wird eine dem Maße nach schwerere Strafe ausgesprochen.

§ 5 kann aber auch zu § 222 oder zu § 230 des StGB. im Verhältnis der Subsidiarität stehen, sofern durch die Vernachlässigung der Tod oder die Körperverletzung eines Menschen verursacht worden ist.

Sofern nicht nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen eine höhere Strafe verwirkt ist, wird mit Geldstrafe oder mit Haft bestraft; wer . . . . . heißt es in § 65 und § 66 des Reichsgesetzes vom 23. Juni 1880, betreffend die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen in der Fassung des Reichsgesetzes vom 1. Mai 1894. Durch diese Vorschrift wird zwar der § 328 des Strafgesetzbuches ergänzt; es bildet sich dadurch aber nicht das Verhältnis von lex generalis und lex specialis, sondern beide Paragraphen bilden selbständige Tatbestände, die, wie sich aus dem Vorbehalt ergibt, unter sich im Verhältnis der Subsidiarität stehen.[1])

Auch diese Paragraphen können mit den Vorschriften über Tötung und Körperverletzung gesetzlich konkurrieren. Wenn z. B. dadurch, daß einer den zum Schutze gegen die Tollwut der Haustiere erteilten Vorschriften zuwiderhandelt, ein anderer durch den toll gewordenen Hund gebissen wird, so kann § 230, unter Umständen sogar, wenn das vorsätzlich geschieht, um einen

[1]) Das ergibt sich auch aus den Motiven S. 47; diese leiten jedoch irrtümlich den Unterschied zwischen § 65, § 66 und § 328 aus objektiven Momenten ab, wenn sie sagen, „die Vorschrift des § 328 greift nur Platz, wenn ein Zuwiderhandeln gegen die auf Grund des Gesetzes angeordneten Maßregeln oder Verbote der Behörde in Frage steht, nicht aber bei einer Übertretung direkter Vorschriften des Gesetzes“ (§ 65), während der Unterschied zwischen beiden Paragraphen lediglich im subjektiven Moment zu suchen ist. § 328 kann eben nur vorsätzlich, § 65, § 66 nur fahrlässig begangen werden.

Die nähere Ausführung siehe bei Stenglein S. 450 n. 1.

andern zu töten oder zu verletzen, die §§ 211 ff., 223 ff., oder insbesondere § 226 des StGB. verletzt werden. Findet dieser Paragraph Anwendung, so kommt § 65 überhaupt nicht mehr in Betracht; denn dieser ist nur verletzt, soweit höhere Strafe androhende Gesetze nicht zur Anwendung kommen.

VI. Gesetze, das Seewesen betreffend.

§ 43 der Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 stellt eine subsidiäre Bestimmung auf, wenn er sagt:

„Wer den Vorschriften der §§ 4, 7 Abs. 1, § 12 Abs. 1, §§ 13, 20, 21 zuwiderhandelt, wird, sofern nicht nach allgemeinen Strafgesetzen eine höhere Strafe verwirkt ist, mit Geldstrafe bis zu 150 Mark oder mit Haft bestraft."

Die Vorschriften, auf die § 43 hinweist, handeln von dem Verfahren bei Bergung oder Hilfeleistung in Seenot, von der Anzeigepflicht des Bergers, wenn einzelne Stücke der Ladung oder des Schiffes an das Land getrieben werden, vom Seeauswurf und strandtriftigen Gegenständen, sowie von versunkenen und seetriftigen Gegenständen.

Mit § 43 kann also beispielsweise konkurrieren § 123 RStGB., wenn das Schiff, welches sich in Seenot befindet, wider den Willen des Schiffers betreten wird. Es liegt dann Hausfriedensbruch[1]) vor, wenn das Betreten des Schiffes vorsätzlich oder widerrechtlich geschieht. War derjenige, der das Schiff betritt, der Meinung, es sei erlaubt, trotz des Verbotes des Schiffers, so kommt wieder § 7 mit § 43 zur Anwendung.

Wenn der Berger die geborgenen Gegenstände, anstatt seinen Anspruch auf Berglohn geltend zu machen, behält, d. h. sie sich rechtswidrig zueignet, so begeht er dadurch eine Unterschlagung, und es finden lediglich die Bestimmungen des § 246 Anwendung.

Ebenso kann § 242 mit § 43 gesetzlich konkurrieren. Ist das der Fall, so trifft den Schuldigen nur die Diebstahlsstrafe, nicht auch die Strafe des § 43.

[1]) Daß in dem Betreten des Schiffes Hausfriedensbruch liegen kann, vergleiche R. G. 22. Januar 1886, E. XIII 312 R. VIII 82.

Nur soweit keiner der Paragraphen aus dem Strafgesetzbuch Anwendung findet, ist die Strafe aus § 43 verwirkt.

§ 2 des Reichsgesetzes vom 30. April 1884 zur Ausführung der internationalen Konvention vom 6. Mai 1882, betreffend die polizeiliche Regelung der Fischerei in der Nordsee, außerhalb der Küstengewässer, lautet:

„Zuwiderhandlungen gegen die in den Art. 6 bis 23 der internationalen Konvention vom 6. Mai 1882 und im § 1 dieses Gesetzes enthaltenen Bestimmungen, sowie gegen die vom Kaiser zur Ausführung dieser Bestimmungen erlassenen Verordnungen, werden, sofern nicht nach allgemeinen Strafgesetzen eine höhere Strafe verwirkt ist, mit Geldstrafe bis zu 600 Mark oder mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft."

In den angezogenen Art. 6 bis 23 des Vertrages handelt es sich um Vorschriften, die verhüten sollen, daß eine Kollision zwischen den im gleichen Gewässer Fischenden eintritt, daß insbesondere eine Gefährdung oder Verletzung der Geräte und Werkzeuge der Fischer unter einander stattfindet.

Soweit es sich lediglich um die Gefährdung handelt, wird wohl immer die Strafbestimmung in § 2 zur Anwendung kommen müssen; denn anderweitige Vorschriften, die hiemit konkurrieren, existieren nicht. Tritt dagegen eine Verletzung der Geräte und Werkzeuge, insbesondere der Netze ein, so ist zunächst die Frage aufzuwerfen, ob nicht die Bestimmungen über Sachbeschädigung (§ 303) des StGB. zur Anwendung kommen müssen, da dieser Paragraph dem Vorbehalt in § 2 entspricht durch Androhung der höheren Strafe dem Maße nach. § 303 wird immer dann ausschließlich zur Anwendung zu kommen haben, wenn die Sachbeschädigung dolos und rechtswidrig begangen worden ist, und wenn der erforderliche Antrag vorliegt. Fehlt eines dieser Erfordernisse, z. B. der Antrag, so muß wieder aus § 2 gestraft werden, da ein Strafanspruch nach § 303 nicht zur Entstehung gelangt ist.

Die Annahme einer Idealkonkurrenz ist ausgeschlossen; es handelt sich um reine Gesetzeskonkurrenz.

In gleicher Weise ist zu behandeln § 1 des Reichsgesetzes vom

4. März 1894, betreffend die Ausführung des internationalen Vertrages vom 16. November 1887 bezw. 14. Februar 1893 zur Unterdrückung des Branntweinhandels unter den Nordseefischern auf hoher See. § 1 droht die gleiche Strafe an wie der vorstehend aufgeführte § 2 mit dem nämlichen Vorbehalt. Es handelt sich da um den Verkauf spirituoser Getränke an Fischer. So ist z. B. verboten der Umtausch spirituoser Getränke gegen Erträgnisse des Fischfanges, gegen Schiffsausrüstungsgegenstände oder Fischereigeräte oder andere Gegenstände. Geschieht das doch, so ist der Täter der Strafe des § 1 verfallen. Nun sind aber unter spirituosen Getränken alle trinkbaren Flüssigkeiten verstanden, welche durch Destillation erzeugt sind und mehr als fünf Liter Alkohol auf einen Hektoliter enthalten. (Art. 2 Abs. 4 der Konvention.) Da kann es nun vorkommen, daß ein Umtausch von Fischereigeräten gegen minderwertig hergestellte Getränke stattfindet. In diesem Fall würde der Täter nicht der subsidiären Strafe in § 2 verfallen, sondern er würde sich, vorausgesetzt, daß hiefür alle Tatbestandsmerkmale gegeben sind, eines Vergehens des Betruges schuldig machen. Das wäre ein Fall, daß nach den allgemeinen Gesetzen eine härtere Strafe verwirkt ist,[1]) daß deshalb der subsidiäre § 2 nicht zur Anwendung kommen will, sondern ersetzt wird durch den primären § 263.

VII. Das Bankdepotgesetz.

An dieser Stelle ist auch das Gesetz vom 5. Juli 1896, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, (kurz das Bankdepotgesetz genannt) zu behandeln.

Dieses Gesetz enthält in seinem § 9 folgende Bestimmung:

„Wenn ein Kaufmann über Wertpapiere der im § 1 [2]) dieses Gesetzes bezeichneten Art, welche ihm zur Verwahrung oder

---

[1]) § 263 droht schlechthin Gefängnis an und Geldstrafe bis zu 3000 Mark, während § 2 nur Geldstrafe bis zu 600 Mark und Gefängnis bis zu 6 Monaten festsetzt.

[2]) Dort sind genannt: Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine, auf den Inhaber lautend, oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen, oder vertretbare andere Wertpapiere; ausgenommen sind Banknoten und Papiergeld.

als Pfand übergeben sind, oder welche er als Kommissionär für den Kommittenten in Besitz genommen hat, außer dem Fall des § 246 des Strafgesetzbuches, zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten rechtswidrig verfügt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr und Geldstrafe bis zu 3000 Mark oder mit einer dieser Strafen bestraft."

Mit den Worten: außer dem Fall des § 246 RStGB. sagt der § 9 ausdrücklich, daß hier ein Fall der Subsidiarität vorhanden ist. In Konkurrenz tritt § 246 und § 9; ersterer Paragraph als primärer, da er die härtere Strafe androht, nämlich Gefängnis bis zu fünf Jahren, letzterer als subsidiärer Paragraph.

Eine Idealkonkurrenz zwischen beiden Paragraphen kann nie angenommen werden. Die Anwendbarkeit des § 246 RStGB. schließt stets die des § 9 des Bankdepotgesetzes aus.

Die Tatbestände der beiden angeführten Paragraphen unterscheiden sich verschiedentlichst: nämlich in der Person des Täters, im Objekt, in der Handlung und im Zweck.

Nach § 9 kann Täter des Deliktes aus dem Bankdepotgesetz nur ein Vollkaufmann sein, während das Vergehen der Unterschlagung aus § 246 StGB. jedermann begehen kann. Als Objekt nennt § 9 lediglich Wertpapiere der in Anmerkung 2, S. 37 bezeichneten Art, während Gegenstand der Unterschlagung alle fremden beweglichen Sachen bilden.

Bezüglich der Handlung ist folgendes zu bemerken:

Während § 246 die rechtswidrige Zueignung zum Tatbestandsmerkmal hat, verlangt § 9 nur eine rechtswidrige Verfügung, die auch in einem Unterlassen bestehen kann. Der letztere Paragraph ist also viel weitergehend. Es liegt zwar in jeder Zueignung auch eine Verfügung; nicht aber enthält jede Verfügung eine Zueignung.

Eine Unterschlagung und somit § 246 RStGB. kommt z. B. in Frage, wenn die Verfügung, die hier Aneignung genannt wird, der Art ist, daß der Eigentümer der Wertpapiere die Möglichkeit verliert, diese Papiere an sich zu nehmen. Eine solche Verfügung würde beispielsweise Verkauf oder eine andere Entäußerung sein. Nicht ohne weiteres kann die Verpfändung als Aneignung be-

trachtet werden, insbesonders dann nicht, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß der Verpfändende die Absicht hatte, das Pfand alsbald wieder einzulösen.[1]) Dagegen liegt aber in einer solchen Verpfändung zweifellos eine rechtswidrige Verfügung im Sinn des § 9, eine Verfügung, die zum eigenen Nutzen geschieht. In diesem Fall gelangt dann, da § 246 in seiner Anwendung nicht in Betracht kommt, § 9 zur Anwendung.[2])

Hat der Kaufmann Wertpapiere, die er in Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zugeeignet und dann zugunsten eines Dritten verkauft, so treten bezüglich der Anwendung § 246 und § 9 in Gesetzeskonkurrenz; Anwendung findet aber nur § 246 als primärer Paragraph, da einerseits nicht eine bloße Verfügung, sondern eine Zueignung stattgefunden hat, andererseits Verkauf zugunsten eines Dritten lediglich als Motiv der Unterschlagung anzusehen ist.[3])

Weiter verlangt § 9 im Gegensatz zu § 246, daß die rechtswidrige Verfügung zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten geschieht. § 246 aber kann angewendet werden, gleichviel ob der Täter einen Vorteil anstrebt oder nicht.

---

[1]) So die herrschende Ansicht, anderer Meinung Oppenhoff § 246 n. 34.

[2]) Gleicher Meinung Stenglein S. 257 n. 5, Dr. Rießer S. 59, Dr. H. Kunreuther S. 132.

[3]) Anderer Ansicht Stenglein S. 256 n. 4. Er sagt dort: weil § 246 sagt „sich rechtswidrig aneignet", kann Unterschlagung an sich nicht zugunsten eines Dritten begangen werden. Das dürfte nicht ganz haltbar sein. Beispielsweise würde doch eine Beihilfe zur Aneignung nicht unter § 9 fallen, sondern aus § 246 mit § 49 StGB. zu strafen sein. Ebenso kann sich der Täter Wertpapiere zueignen zum Nutzen eines Dritten, wenn die Zueignung erfolgt, um die Papiere dem Dritten zu schenken.

II. Kapitel.

Die Subsidiarität in ihrer zweiten Form oder die stillschweigende Subsidiarität.[1])

(Gefolgerte Subsidiarität.)

§ 5.

Die Subsidiarität der Verbrechen[2]) nach Art und Form ihrer Begehung.[3])

Ich komme nun zur Besprechung der interessanteren und wichtigeren Form der Subsidiarität, der gefolgerten Subsidiarität, der Subsidiarität ex re. Neben der ausdrücklich ausgesprochenen Subsidiarität gibt es in den Strafgesetzen noch eine Subsidiarität, die nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, sondern die aus der Natur der Sache herausgewachsen ist, die aus logischen Gründen gefolgert werden muß. Das subsidiäre Strafgesetz in dieser Form will nur Anwendung finden, soweit eine andere als die von ihm definierte Handlung nicht nach strengerer Satzung einen weitergehenden Strafanspruch erzeugt. Die strengere Satzung verschlingt die mildere Satzung; umgekehrt hat die Anwendung des subsidiären Strafgesetzes zur Voraussetzung, daß das primäre Strafgesetz nicht zur Anwendung kommen kann.

Das regelmäßige Strafgesetz ist gemünzt auf den Täter des vollendeten Verbrechens. Daraus folgt, daß die Bestimmungen über Vorbereitungshandlungen denen des Versuches, die

[1]) Binding I S. 357, Köhler S. 74.

[2]) Verbrechen hier nicht im Sinn der Dreiteilung, sondern im weitern Sinn.

[3]) Binding spricht von der Subsidiarität der Verbrechensform, Köhler von der Subsidiarität der Begehungsgrade und Beteiligungsform eines Deliktes.

Bestimmungen über Versuch denen des vollendeten Verbrechens subsidiär sein müssen. Vorbereitungshandlungen stehen mit dem Versuch und dem vollendeten Delikt, der Versuch steht mit dem vollendeten Verbrechen in Gesetzeskonkurrenz. Das vollendete Verbrechen erheischt aber nach strengerer Satzung einen weitergehenden Strafanspruch gegenüber den Vorbereitungshandlungen, soweit sie überhaupt strafbar sind, und gegenüber dem Versuch.

Zunächst die Subsidiarität der Vorbereitungshandlungen gegenüber dem Versuch und dem vollendeten Delikt. § 83 und § 84 RStGB. sind subsidiär den §§ 80 und 81. In beiden Paragraphen werden die Vorbereitungshandlungen zum Hochverrat bestraft, aber nur solange, als diese Vorbereitungshandlungen nicht schon zum Versuch oder zur Vollendung fortgeschritten sind. Sobald das geschehen ist, kommen nur die Bestimmungen über den Versuch, eventuell über Vollendung zur Anwendung.

Ferner ist § 151 subsidiär dem Versuch zu einem Münzverbrechen, §§ 146 ff., § 201 dem § 205.[1])

Ich komme nun weiter zur Subsidiarität des Versuchs gegenüber dem vollendeten Verbrechen.[2]) Naturgemäß liegt in jeder Vollendung auch der Versuch des beabsichtigten Verbrechens. Es ist aber auch ebenso natürlich, daß nur die eine Satzung zur Anwendung kommen kann, nämlich die über das vollendete

[1]) Frank § 73 VII b *α*.

[2]) Köhler rechnet die Subsidiarität des Versuchs unter die Fälle der ausdrücklich ausgesprochenen Subsidiarität, S. 70. Er stützt seine Ansicht hiebei auf die Worte des § 43: „wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gelangt ist", und erblickt hierin ein bewußtes Zurücktreten des Versuchs gegenüber der Vollendung. Diese Ansicht, die, wie ich zugebe, vertreten werden kann, halte ich nicht für die richtige. Diese ausdrücklich ausgesprochene Subsidiarität steht tatsächlich nicht im Gesetz. Der Kondizionalsatz will nur die Definition des Versuchs, die im § 43 enthalten ist, vervollständigen; er will aber nicht ausdrücklich sagen: ich kann nur zur Anwendung kommen, insofern nicht die Satzung über die vollendete Tat zur Anwendung zu bringen ist. Die Subsidiarität des Versuchs muß lediglich aus dem System der Begehungsgrade gefolgert werden. — Der gleichen Ansicht wie Köhler im Effekt Frank § 73 VII 2 b.

Verbrechen; das ist der engere Tatbestand. Vollendung und Versuch stehen zu einander in Gesetzeskonkurrenz nach dem Verhältnis der Subsidiarität.

Hier ist noch ein Wort über das Verhältnis des Versuchs eines qualifizierten Deliktes zum vollendeten einfachen Delikt zu bemerken. Angenommen der A würde den Kassenschrank, des B erbrechen, um die darin befindlichen Wertpapiere zu stehlen. Statt Geld findet er jedoch nur Lebensmittel, die er an sich nimmt. Liegt hier Ideal-, Real- oder Gesetzeskonkurrenz vor? m. a. W. hat der A einen Versuch zu einem qualifizierten Diebstahl und hiemit im ideellen oder sachlichen Zusammenfluß einen vollendeten Mundraub begangen, oder hat der A lediglich einen vollendeten qualifizierten Diebstahl verübt?

Der Mundraub ist nach geltenden Rechte nicht als ein Delikt nach § 242 aufzufassen, sondern lediglich als Übertretung. Das erhält Bedeutung, wenn der Mundraub unter erschwerenden Umständen begangen wird. Aus der Natur des Mundraubes als privilegiertes Diebstahlsdelikt ergibt sich, daß die Erschwerungsgründe des § 243 hier außer Betracht bleiben. Wird also beispielsweise ein Mundraub mittels Einbruchs verübt, so kann immer nur aus § 370 Ziff. 5 gestraft werden.

Die Verfolgung dieses Grundsatzes führt zu folgenden rechtlichen Konsequenzen. Steigt der Dieb ein, um zu stehlen, gleichgültig, was es ist; auch Nahrungs- oder Genußmittel sind ihm willkommen, und er findet tatsächlich nur Nahrungsmittel, so liegt versuchter schwerer Diebstahl in ideellem Zusammenfluß mit Mundraub vor. Ist der Wille des Täters auf das im Kassenschrank befindliche Geld gerichtet; findet er in dem erbrochenen Schrank jedoch nur Nahrungsmittel, die er mitnimmt, so begeht er einen versuchten schweren Diebstahl in sachlichem Zusammenfluß mit einer Übertretung des Mundraubes. Zur Ausführung des letzteren Deliktes bedurfte es eines neuen selbständigen Entschlusses.[1]) Nimmt der Dieb aber das im Kassenschrank liegende Geld nicht, weil es ihn etwa reut, so kann nur wegen

[1]) Die Mehrheit der Schriftsteller nimmt hier Idealkonkurrenz zu den beiden Delikten an; so auch Köhler S. 70.

Mundraubs gestraft werden; bezüglich des versuchten Einbruches liegt freiwilliger Rücktritt vor. Bricht der Dieb aber ein, um Geld zu stehlen, findet im Kassenschrank aber nur Briefschaften, die er an sich nimmt, so liegt meines Erachtens nur ein Delikt, nämlich vollendeter schwerer Diebstahl vor. Der Vorsatz des Täters hat sich im weitesten Sinn doch immer nur darauf erstreckt mittels Einbruches etwas wegzunehmen; dieser Vorsatz wurde auch verwirklicht.

Das regelmäßige Strafgesetz ist auf den T ä t e r des vollendeten Verbrechens gemünzt. Es sind deshalb der Täterschaft weiter subsidiär die verschiedenen Arten der Teilnahme. Als Teilnahmehandlungen kommen in Betracht: Anstiftung § 48, Beihilfe § 49; schließlich ist es möglich, daß die verschiedenen Arten der Teilnahme auch unter einander das Verhältnis der Subsidiarität begründen können.

Die Anstiftung ist der Täterschaft subsidiär, d. h. als Anstifter kann nur derjenige bestraft werden, der nicht selbst Täter desjenigen Deliktes ist, zu dem er angestiftet hat. Wird er selbst Täter, so findet allein der Paragraph über die Urheberschaft Anwendung, während § 48 über Anstiftung nicht weiter mehr in Betracht kommt. Würde derjenige, der zuerst einen anderen zu einem Verbrechen angestiftet hat und dann dieses Verbrechen selbst begeht, für beide Delikte bestraft werden, so müßte er mit der Strafe der Anstiftung + Strafe der Täterschaft, oder was gleichbedeutend ist, doppelt so hoch als der Täter bestraft werden. Das ist ein Unding. Vom Standpunkt der Schwere der Verbrechensformen muß gesagt werden: die Anstiftung ist der Täterschaft subsidiär. Wenn auch Anstiftung und Täterschaft die gleiche Strafsatzung haben, so ist doch die Täterschaft gegenüber der Anstiftung immer die schwerere Form; denn der Täter bleibt immer der betreibende, der ausführende Teil, wenn auch als Vater des verbrecherischen Gedankens der Anstifter anzusehen ist.

Ebenso verhält es sich, wenn der Anstifter Mittäter wird. Auch hier kann er nicht gleichzeitig wegen Anstiftung und Mittäterschaft gestraft werden, sondern n u r wegen Mittäterschaft, da jemand wegen Mitwirkung zur Verwirklichung eines und des-

selben Tatbestandes nur einmal in Strafe genommen werden kann.[1])

Aus den nämlichen Gründen muß auch die Beihilfe der Mittäterschaft subsidiär sein. Es liegt doch in der Natur der Mittäterschaft, daß der eine Mittäter dem anderen durch seine Unterstützung Beihilfehandlungen leistet. § 47 hat dies deutlich ausgedrückt in den Worten: gemeinschaftliche Ausführung.

Wenn nun einerseits die Anstiftung und Beihilfe der Täterschaft subsidiär ist, so ist andererseits die Beihilfe auch subsidiär der Anstiftung.[2])

Die Anstifter werden gleich dem Täter selbst bestraft. Begeht nun der Anstifter zu dem von ihm angestifteten Delikte auch noch eine Beihilfehandlung, so ist das für die Bestrafung nicht weiter von Belang. Die Beihilfe kommt gar nicht weiter in Betracht. Die Teilnahme an dem gleichen Delikte kommt hier in zwei verschiedenen Formen, in einer leichteren und einer schwereren, in Frage. Die schwerere Form verschlingt die leichtere, weshalb lediglich aus § 48 zu strafen ist.[3])

Hier ist auch zu erörtern das Verhältnis des § 242 KO. zu den allgemeinen Paragraphen des Strafgesetzbuches über die Teilnahme. Auf die Teilnahme am strafbaren Bankrott finden die Bestimmungen der §§ 47—49 RStGB. vollständig Anwendung. § 242 KO. ist aber den Satzungen über Täterschaft und Teilnahme am strafbaren Bankrott subsidiär[4]). Das Subsidiaritätsverhältnis wird zwar selten in die Erscheinung treten, aber es ist vorhanden.[5])

[1]) Heinze S. 8 R. G. E. XXVI S. 198.

[2]) Binding I S. 361, Frank § 73 VII 2 b γ, Köhler S. 75, Liszt § 53 IV, E. XXXIII 401, anderer Ansicht Olshausen.

[3]) R. G. III vom 5. Mai 1884 (E. X 409) sagt treffend: vielmehr muß auch hier der Rechtssatz in Kraft treten, daß wenn die Mitschuld an einem Delikte in verschiedenen, leichten und schweren Formen in Frage steht, die schwerste Form allein in Betracht kommt.

[4]) Binding Lehrbuch I S. 444.

[5]) Hälschner II S. 420 in seiner zutreffenden Ausführung; Binding Lehrbuch I S. 444. Anderer Meinung Köhler S. 76.

Wie verhält sich nun § 257 RStGB. zum § 49? Sowohl nach seiner äußeren Stellung im System des Strafrechts als auch nach seinem Inhalt als ein gegen die Rechtspflege[1]) gerichtetes Delikt stellt sich die Begünstigung als delictum sui generis dar. Aus diesem Grund ist sowohl eine Konkurrenz, sei es ideelle oder reale, zwischen der Begünstigung und § 49 als auch zwischen der Begünstigung und den übrigen Arten der Teilnahme möglich.[2])

§ 111 Abs. 2 kommt zur Anwendung, wenn die Aufforderung ohne Erfolg geblieben ist. Dieser Paragraph ist also subsidiär der Anstiftung, ebenso § 85. Zur Anwendung dieses Paragraphen ist auch Voraussetzung, daß die Aufforderung die Ausführung einer nach § 82 strafbaren Handlung nicht erzielt hat. Wäre dieser Erfolg eingetreten, so käme § 85 nicht mehr in Betracht, sondern die Bestimmung über Anstiftung.

Hierher gehören ferner noch die §§ 159, 160, 361 Ziff. 4[3]) und 203.[4]) In diesen Fällen ist die Anstiftung bezw. Beihilfe unter selbständige Strafandrohung gestellt. Sie finden aber nur Anwendung, wenn das Delikt selbst nicht zur Ausführung gelangte, wenn also die Anstiftung erfolglos war. Hätte die Anstiftung Erfolg, so ist wegen Teilnahme zu strafen aus § 48 oder § 49.

Aus dem Gesagten resultiert der Satz: auch die unter Strafe gestellte, erfolglose Anstiftung ist der Anstiftung zur Haupttat subsidiär, da die selbständig unter Strafe gestellte Anstiftung eben nur einen Versuch der Anstiftung darstellt.

Auszuscheiden haben hier die §§ 141, 210, 357. Diese stellen zwar auch die Anstiftung unter selbständige Strafandrohung; aber hier handelt es sich nach richtiger Ansicht um Fälle der Spezialität.

---

[1]) Ebenso u. a. Meyer-Allfeld § 125 Ziff. 1, weil auch die sachliche Begünstigung nicht nur auf die Sicherung von Vermögensvorteilen gerichtet ist. Beling S. 317.

[2]) Ebenso u. a. Meyer-Allfeld § 125 Ziff. 9 u. n. 24. A. A. Frank § 257 II 2 u. IV 2; dieser hält eine Konkurrenz infolge der Akzessorietät der Begünstigung für ausgeschlossen.

[3]) Siehe Frank § 361 IV zu Nr. 4, 2; Binding Lehrbuch I S. 236.

[4]) Ebenso von Liszt § 93 S. 332. Olshausen § 203 n. 1 mit § 205 n. 9. a. M. R. G. E. XI S. 279, Frank § 205 IV, Oppenhoff n. 4 zu § 203.

In diesem Abschnitt ist noch die Stellung des § 227 des StGB. zu den Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten zu erörtern.

§ 227 Abs. 1 bestraft lediglich die Beteiligung an einer Schlägerei oder an einem von mehreren gemachten Angriffe, wenn dadurch der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung verursacht worden ist. Kann dagegen dem einen oder anderen nachgewiesen werden, daß er den Tod eines Menschen herbeigeführt oder die schwere Körperverletzung verübt hat, so wird dieser nicht mehr wegen der Beteiligung am Raufhandel bestraft, sondern er wird nach den §§ 211 ff. oder § 224 abgeurteilt, nicht aber auch noch nach § 227 Abs. 1. A, B, C greifen gemeinschaftlich den D an, um ihn zu ermorden. Diese mehreren haben also einen Angriff gemacht, wodurch der Tod eines Menschen verursacht worden ist — genau der Tatbestand des § 227 Abs. 1 – trotzdem werden sie nicht nach § 227, sondern nach § 211 über vollendeten Mord zu strafen sein. Der Grund für diese Entscheidung liegt in der Subsidiarität des § 227 Abs. 1 gegenüber den Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten. § 227 Abs. 1 kann also nur dann zur Anwendung kommen, wenn den an einer Schlägerei Beteiligten weder der Tod noch die Körperverletzung des Angegriffenen nachgewiesen werden kann.

Der § 227 Abs. 1 setzt für die Beteiligten allein eine verhältnismäßig hohe Strafe — Gefängnis bis zu drei Jahren — fest. Das hat seinen Grund darin, daß es oft gerade bei einer Schlägerei sehr schwer ist, dem einzelnen nachzuweisen, Du und Du hast die Bedingung für den schweren Erfolg gesetzt. Wenn das nicht möglich ist, so haben eben alle, die sich an der Schlägerei beteiligt haben, für den schweren Erfolg aufzukommen und zwar nach dem Maße ihrer Tätigkeit.

Da derjenige, der sich an der Schlägerei beteiligt hat aus § 227 Abs. 1, derjenige, der die Tötung oder schwere Körperverletzung verursacht hat — vorausgesetzt, daß das immer nachweisbar ist —, lediglich aus den §§ 211 ff. bezw. 223 ff. strafbar ist, so erhellt, daß infolge der Einheitlichkeit der Tat eine Ideal-

konkurrenz zwischen den Delikten der Tötung und Körperverletzung und dem Delikt nach § 227 Abs. 1 grundsätzlich zu verneinen ist.[1])

§ 6.

Die Subsidiarität der Gefährdungsdelikte gegenüber den Verletzungsdelikten.[2])

Neben dem Verhältnis der Subsidiarität der Verbrechensform gibt es noch ein anderes Subsidiaritätsverhältnis, welches man am besten die Subsidiarität der Gefährdungsdelikte gegenüber den Verletzungsdelikten nennt.

Dem Verbote, ein bestimmtes Rechtsgut zu verletzen, ist das Verbot, dasselbe Rechtsgut zu gefährden, stets subsidiär.[3]) Die Übertretung des Verbotes der Rechtsgütergefährdung bleibt bezüglich der Bestrafung außer acht, wenn gegen dasselbe Rechtsgut eine Verletzung stattfindet, die Bestrafung vom erhöhten Standpunkt der Verfehlung gegen das Verletzungsverbot fordert. In diesem Fall handelt es sich immer um eine niedere oder schwere Art der Verschuldung; die Strafdrohung hinsichtlich der Gefährdungsverbote wird dann von der Strafdrohung des Verletzungsverbotes umfaßt. Aus diesen Gründen kann man von einer Subsidiarität der Strafgesetze sprechen.

Die Rechtsgütergefährdung kommt in mancherlei Paragraphen des Strafgesetzbuches zum Ausdruck und steht dann unter selbstständigen Strafdrohungen.[4])

[1]) Ebenso Hälschner D. St.R. II 106, Anm. 1, Binding, Handbuch I 362; anderer Meinung: Köhler S. 78, Olshausen § 227 n. 4, Frank § 227 I, 2, Meyer-Allfeld § 76.

[2]) Diesen Ausdruck gebraucht Köhler S. 79. Binding S. 358 spricht von der Subsidiarität der Strafgesetze infolge der Subsidiarität der Norm, rechnet darunter aber auch Subsidiaritätsverhältnisse, die besser in einem späteren Paragraphen behandelt werden.

[3]) Binding, Handbuch I S. 358.

[4]) Der Umstand, daß in jedem Verletzungsverbot zugleich das Gefährdungsverbot mitenthalten ist, soll hier nicht besprochen werden, sondern ist einem späteren Paragraphen vorbehalten. Hier kommen nur die Fälle zur Erörterung, in denen ein selbständiges Gefährdungsdelikt einem Verletzungsdelikt gegenübertritt.

Wenn man von einem Gefährdungsdelikte spricht, so denkt man wohl in erster Linie an das Delikt der Aussetzung.

Die Aussetzung ist ein reines Gefährdungsdelikt. Durch § 221 werden die Rechtsgüter des Lebens und der Körperintegrität vor Gefährdung geschützt. Der dolus, der für die Anwendbarkeit des § 221 vorgeschrieben ist, darf sich nur auf die Gefährdung des Auszusetzenden beziehen; er muß reiner Gefährdungsvorsatz sein. Sobald der Vorsatz über diesen Rahmen hinausgeht und Verletzungsvorsatz wird, ist die Anwendung des § 221 ausgeschlossen; es tritt dann an seine Stelle die Vorschrift über Tötung.

Wenn ich den A, der wegen Krankheit hilflos ist, aussetze und der sicheren Meinung bin, es werde gleich jemand kommen, der ihn in seinen Schutz nimmt, so bin ich strafbar lediglich wegen Gefährdung des A nach § 221. Es kann mich dabei ein ganz edles Motiv geleitet haben. Ich bin z. B. nicht mehr in der Lage, den A zu ernähren; schlechter, als es A bei mir hatte, kann er es nicht mehr bekommen; ich setze ihn darum aus.

Setze ich den A aber aus, damit er zugrunde geht und ich von ihm befreit bin, so geht der Gefährdungsvorsatz in einen Verletzungsvorsatz über. § 221 hat dann keinen Anspruch mehr auf Anwendung; es kommen dann die §§ 211 ff. zur Anwendung.

Auch der dolus eventualis schließt richtiger Ansicht nach die Anwendbarkeit des § 221 aus. Der Gefährdungsvorsatz ist zwar vorwiegend, wenn B den A nur aussetzen will. Sagt sich B aber: ja, es ist aber doch leicht möglich, daß A durch die Aussetzung zugrunde geht; nun, wenn dieser Erfolg eintritt, so ist mir das auch gleichgültig, so faßt er damit den eventuellen Tötungsvorsatz vollständig, so daß jetzt nicht mehr § 221, sondern die §§ 211 ff. zur Anwendung zu bringen sind.[1])

Ist daher der Tod beabsichtigt vom Täter, so kommen in allen Fällen lediglich die Strafgesetze über Tötung § 211 ff. zur Anwendung, da die auf Tod gerichtete Absicht die nur auf Ge-

[1]) Anderer Ansicht Liszt § 90, 3. „Der Gefährdungsvorsatz schließt den eventuellen Verletzungsvorsatz begrifflich ebensowenig aus, wie dieser jenen."

fährdung des Lebens abzielende Willensbestimmung ausschließt.[1])

Eine andere Frage ist die: wie verhält sich die Aussetzung zur vorsätzlichen Körperverletzung? Liegt beim Zusammentreffen beider Delikte Ideal- oder Gesetzeskonkurrenz vor? Es ist davon auszugehen, daß der Vorsatz bei der Aussetzung sich als ein das Rechtsgut des Lebens gefährdender Vorsatz darstellt. Ein auf Verletzung desselben Rechtsgutes gerichteter Vorsatz schließt den Gefährdungsvorsatz dann aus, wenn dieser ebenso geartet ist, d. h. wenn er auf d a s s e l b e Rechtsgut gerichtet ist wie der Verletzungsvorsatz. Aus diesem Grunde wurde Subsidiarität zwischen Aussetzung und Tötung angenommen, da beide Delikte die Gefährdung bezw. Verletzung des Rechtsgutes d e s L e b e n s zum Gegenstand haben. Konkurriert aber ein Gefährdungsvorsatz mit einem Verletzungsvorsatz, von denen der erstere auf Gefährdung des Rechtsgutes des Lebens, der letztere auf Verletzung des Rechtsgutes der Körperintegrität gerichtet ist, wie bei der Aussetzung und Körperverletzung, so ist zur Annahme einer Gesetzeskonkurrenz kein Platz mehr. Der Gefährdungsvorsatz geht in diesem Falle weit über den Verletzungsvorsatz hinaus; die subjektiven Tatbestände können sich nicht mehr decken. Man muß daher bei dem Zusammentreffen von Aussetzung und Körperverletzung Idealkonkurrenz annehmen.[2])

---

[1]) Ebenso Meyer-Allfeld § 73 Ziff. 8, Binding Lehrbuch I S. 64, Berner Lehrbuch S. 527, Hälschner II S. 181, Meyer 5. Aufl. S. 485 Nr. 8, Binding Handbuch I S. 359.

Anderer Ansicht Köhler S. 83, Oppenhof n. 13 z. 221, welche beide Idealkonkurrenz annehmen.

[2]) Richtig Meyer-Allfeld § 73 Ziff. 8, Olshausen n. 13a zu § 221 und alle jene, welche schon zwischen Aussetzung und Tötung Idealkonkurrenz annehmen. Für Gesetzeskonkurrenz: Binding a. a. O. Hälschner a. a. O. Idealkonkurrenz ist auch möglich zwischen § 221 und § 169 StGB., wenn z. B. die Aussetzung vorliegt, um den Personenstand eines neugeborenen Kindes zu unterdrücken. Der Tatbestand der Aussetzung und der Tatbestand der Unterdrückung eines Personenstandes deckt sich in keiner Weise. Das preußische Strafgesetzbuch hat in seinem § 183 Abs. 3 positive Vorschriften getroffen, wonach eine Konkurrenz von Tötung und Aussetzung ausgeschlossen war. Binding Handbuch I S. 374 n. 17.

Die Annahme der Idealkonkurrenz führt auch zu gerechterem Urteil, insofern hier jeweils das die schwerste Strafe androhende Strafgesetz zur Anwendung kommt, während es bei der Annahme von Gesetzeskonkurrenz vorkommen kann, daß derjenige, der mittels Aussetzung eine vorsätzliche leichte Körperverletzung verübt, milder bestraft wird als derjenige, welcher den Vorsatz zur Körperverletzung nicht gehabt hat. Der Richter ist wenigstens nicht durch eine gesetzliche Bestimmung[1]) an das Strafminimum des § 221 gebunden.

Ein anderes Delikt, das den Delikten über Tötung subsidiär ist, ist das Delikt des § 229, das Delikt der Vergiftung. Die Vergiftung ist ein Gefährdungsdelikt, gerichtet auf Gefährdung des Leibes und Lebens. Gestraft wird bei der Vergiftung lediglich das Beibringen von Gift. Es ist nicht nötig, daß hiebei irgend ein Erfolg eintritt, wenn nur die Absicht der Gesundheitsbeschädigung gegeben ist. Verbindet sich der Vorsatz des § 229 mit dem Vorsatz, die zu verletzende Person zu töten, so kommt nicht mehr § 229 zur Anwendung, sondern nur § 211 ff. Trifft aber § 229 Abs. 2 mit §§ 212, 213 zusammen, so handelt es sich um das Zusammentreffen von alternativen Strafdrohungen und es kommt jenes Gesetz zur Anwendung, welches den Täter mit seiner Strafdrohung jeweils härter trifft. Ebenso kommt bei dem Zusammentreffen von § 229 Abs. 2 und § 225 lediglich ersterer mit seiner härteren Strafdrohung zur Anwendung, da § 229 lediglich Beschädigungsabsicht erfordert, ohne diese zu begrenzen. Es ist nicht abzusehen, warum eine mittels Giftes erfolgte vorsätzliche Tötung milder bestraft werden soll, als die nicht vorsätzliche.[2])

Darin, daß § 229 nicht zur Anwendung kommen kann, wenn ein Paragraph über die Tötung zur Anwendung kommt, liegt das

[1]) Binding Handbuch I S. 359 Abs. 8 stellt als Grundsatz auf, daß bei Gesetzeskonkurrenz zwischen einem Gefährdungs- und Verletzungsdelikt das Strafminimum des Gefährdungsdeliktes, sofern es höher ist als das des Verletzungsdeliktes, auch als Strafminimum bei der Strafausmessung zugrunde zu legen ist. Er kommt zu diesem Resultat auf dem nicht gangbaren Weg der Analogie.

[2]) Siehe die vollkommen zutreffenden Ausführungen bei Meyer-Allfeld n. 20 zu § 74.

Subsidiaritätsverhältnis des § 229. Der innere Grund liegt aber in der Stellung der Gefährdungsdelikte zu den Verletzungsdelikten. Interessant wird die rechtliche Beurteilung, wenn jemand einen Mordversuch mittels Vergiftung begeht, dann von dem Versuch, der bis zur Beibringung des Giftes fortgeschritten ist, freiwilliger Rücktritt nach § 46 des StGB. erfolgt. Die Frage, ob die bei freiwilligem Rücktritt dann noch vorhandene vollendete Vergiftung zu bestrafen ist, ist aus den unten Seite 66 ff. niedergelegten Gründen zu bejahen[1]).

Unter diese Art der Subsidiarität wäre auch noch der § 68 des Personenstandsgesetzes in seinem Verhältnis zum § 169 StGB. zu rechnen. Das Delikt nach § 68 l. c. tritt als Gefährdungsdelikt hinter das Verletzungsdelikt des § 169 StGB. zurück.

§ 7.

Die Subsidiarität der Verbote schlechthin gegenüber den Gefährdungs- und Verletzungsverboten.

Dieses Subsidiaritätsverhältnis wird besonders wichtig in der Lehre von den Übertretungen. Es gibt eine Reihe von Übertretungen, die schlechthin ein Verbot enthalten und anderen Vergehen oder Verbrechen subsidiär sind. Über diese Subsidiarität ist folgendes zu sagen: stellt eine Übertretung ein Verbot allgemein auf, ohne dabei ein bestimmtes Rechtsgut zu nennen, so kann dieses Verbot mit einem Gefährdungs- oder Verletzungsverbot eines bestimmten Rechtsgutes in Deliktskonkurrenz treten, wenn z. B. einer einen anderen tötet und den Leichnam ohne Vorwissen der Behörde beiseite schafft. Hier konkurriert § 211 und § 367 Ziff. 1. In diesem Fall kann man nicht von Subsidiarität sprechen.

Anders dagegen ist es bei den Übertretungen, die ein Verbot schlechthin normieren, das sich gegen die Verletzung ganz bestimmter Rechtsgüter richtet, im Verhältnis zum Gefährdungs- oder Verletzungsverbot des einzelnen Rechtsgutes. So richtet

[1]) Anderer Ansicht Olshausen zu § 229 n. 9; Frank zu § 229 IV; richtig Liszt 14. u. 15. Aufl. S. 324 n. 2.

sich das Verbot des § 366 Ziff. 6 gegen die Verletzung des Rechtsgutes der Körperintegrität und des Lebens, das des § 366 Ziff. 7 gegen die Verletzung der Rechtsgüter der Körperintegrität, des Lebens, des Eigentums usw.

Gegen die Verletzung der nämlichen Rechtsgüter richten sich aber auch die §§ 223 ff., 211 ff., 303. Zum Verhältnis dieser Paragraphen unter einander ist zu sagen: zur Anwendung kommt immer der Paragraph mit der strengeren Satzung, da dieser der primäre Paragraph ist, während der Übertretungsparagraph diesem subsidiär ist.

Wenn z. B. jemand einen Hund auf einen Menschen hetzt, um denselben zu belästigen, so findet lediglich § 366 Ziff. 6 Anwendung. Ein Rechtsgut ist nicht verletzt; es ist weiter kein Erfolg eingetreten. Wird der Hund aber gehetzt, um den Menschen körperlich zu verletzen, und ist dieser Erfolg auch eingetreten, so kommen die §§ 223 ff. zur Anwendung und § 366 Ziff. 6 scheidet aus. Das Hetzen des Hundes war hier lediglich das Mittel zur Körperverletzung.[1])

Ebenso ist zu behandeln § 366 Ziff. 7. Das bloße Werfen von Steinen oder harten Körpern wird bestraft nach § 366 Ziff. 7; sobald aber eine Körperverletzung eingetreten ist oder eine Sachbeschädigung kommt § 366 Ziff. 7 nicht mehr in Betracht.

Der Strafanspruch nach dem subsidiären § 366 Ziff. 7 geht infolge des Strafanspruchs nach höherer Satzung zugrunde. Sobald allerdings zwar der dolus der Körperverletzung vorhanden, der Erfolg aber nicht eingetreten ist, so kommt wiederum nur § 366 Ziff. 7 zur Anwendung, da das Strafgesetzbuch unbegreiflicherweise den Körperverletzungsversuch nicht unter Strafe gestellt hat. Der § 366 Ziff. 7 bildet dann ein Surrogat für die nicht vorhandene Versuchsstrafe.

Weiter wäre hier noch zu beachten das Verhältnis des § 360 Ziff. 4 zu § 151, § 366 Ziff. 2 in Beziehung zu § 222 oder § 230, § 367 Ziff. 7 bezüglich der §§ 10, 11 des Nahrungsmittelgesetzes

[1]) Unrichtig R. G. I vom 1. Juni 1883 E. VIII § 315 ff., die Idealkonkurrenz zwischen § 223 und § 366 Ziff. 6 annimmt. Anderer Meinung Köhler S. 86, der ebenfalls Idealkonkurrenz für richtig hält.

vom 14. Mai 1879, § 367 Ziff. 4 bis 6 und § 368 Ziff. 3 bis 8[1]), den Strafgesetzen über die Brandstiftung. Hier ist immer das Verbot schlechthin dem Gefährdungs- und Verletzungsverbot subsidiär.[2])

Auch § 368 Ziff. 10 steht im Subsidiaritätsverhältnis zu § 292. Er tritt ergänzend an dessen Stelle, kommt aber nur zur Anwendung, wenn § 292 nicht Anwendung finden kann. Es ist klar, daß derjenige, der als nicht Jagdberechtigter die Jagd nach § 292 ausübt, hiebei immer zur Jagd ausgerüstet ist. Der § 292 umfaßt also immer auch den Tatbestand des § 368 Ziff. 10. Solange dies der Fall ist, verliert er seine Selbständigkeit und kommt erst wieder in Betracht, wenn die Voraussetzungen des § 292 nicht gegeben sind.

Ebenso verhält sich § 367 Ziff. 10 zu den §§ 223a, 224, 225, 227 Abs. 2. Man wird sagen müssen, § 367 Ziff. 10 ist grundsätzlich den genannten Paragraphen subsidiär. In den meisten Fällen wird wohl immer § 223a zur Anwendung kommen und zwar immer dann, wenn das Sichbedienen eines Messers, einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges zur Körperverletzung geführt hat. In diesem Fall wird der § 367 Ziff. 10 vollständig vom § 223a verschlungen. Handelt es sich aber um einen Versuch der Körperverletzung, der nach geltendem Rechte straflos ist, in Anwendung mit § 367 Ziff. 10, so findet lediglich dieser Paragraph Anwendung.

Zugegeben muß werden, daß in einigen, wenn auch recht seltenen Fällen — die Fälle sind wohl meistens nur theoretischer

---

[1]) § 368 Ziff. 7 ist aber nicht unter jeder Bedingung subsidiäres Delikt. Dieses Delikt richtet sich unter Umständen auch gegen das Rechtsgut des Lebens oder der Körperintegrität. Ein Zusammentreffen des § 368 Ziff. 7 mit einem Paragraph des 16. oder 17. Abschnittes des Strafgesetzbuches begründet Idealkonkurrenz. Es ist leicht möglich, daß neben § 368 Ziff. 7 auch § 230 oder 222 verletzt ist. Hier müßte Idealkonkurrenz angenommen werden.

[2]) Nicht hieher gehört der § 367 Ziff. 4 im Verhältnis zu § 9 Abs. 1 des Sprengstoffgesetzes vom 9. Juni 1884, da der letztere Paragraph lediglich eine lex specialis gegenüber der lex generalis des § 367 Ziff. 4 enthält. — Anderer Meinung Köhler S. 85.

Konstruktion — die Möglichkeit vorhanden ist, daß § 367 Ziff. 10 zu § 223a in Idealkonkurrenz steht.[1]) Das wird immer dann geschehen, wenn das „Sichbedienen" des gefährlichen Werkzeuges nicht zum Zweck der Körperverletzung geschah, sondern zu einem anderen Zweck. Ein Beispiel: A wirft bei einer Schlägerei den B zu Boden, zieht dann das Messer, nimmt damit eine drohende Haltung gegen den B an und begeht sodann aber die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, etwa durch Versetzen heftiger Fußtritte. In derartigen Fällen müßte wohl Idealkonkurrenz angenommen werden.

Die Frage der Subsidiarität wird auch dann zu verneinen sein, wenn § 367 Ziff. 10 mit § 223 konkurriert. Der § 223 über die einfache Körperverletzung umfaßt keineswegs auch die Merkmale des § 367 Ziff. 10. Diese beiden Paragraphen können also ganz gut selbständig zusammentreffen und stehen dann in ideellem Zusammenfluß.

Schließlich wäre hier vielleicht noch aufzuführen § 369 Ziff. 1, der mit § 243 in Verbindung mit § 49 im Subsidiaritätsverhältnis steht.[2]) Wird der Schlosser, der die Schlüssel anfertigt oder die Behältnisse öffnet, Gehilfe zum Diebstahl oder gar Täter, so finden lediglich die Bestimmungen über den Diebstahl bezw. die Teilnahme hiezu Anwendung. § 243 umfaßt vollständig auch § 369 Ziff. 1. Als subsidiärer Paragraph kommt § 369 Ziff. 1 erst dann in Betracht, wenn eben eine Teilnahmehandlung nicht vorliegt.

Zu bemerken ist aber, daß für die Annahme einer Subsidiarität doch immer Voraussetzung sein muß, daß der angefertigte Schlüssel zum Zweck des Diebstahls benützt wird. Wäre z. B. denkbar, daß der Schlosser, der ohne Genehmigung des Hausbesitzers einen Hausschlüssel anfertigt, einen Hausfriedensbruch oder einen Pfandbruch begeht und hiezu den Schlüssel benützt, so müßte hier Idealkonkurrenz angenommen werden.

[1]) Anderer Meinung Köhler S. 87.
[2]) Siehe von Kries Z. 1887 S. 572.

§ 8.

Die Subsidiarität der Gebote, etwas zu tun, gegenüber von Verletzungsverboten.[1])

Das Strafgesetzbuch stellt in seinem § 139 die Vorschrift auf, daß derjenige, der von dem Vorhaben eines Hochverrats, Landesverrats, Münzverbrechens, Mordes, Raubes, Menschenraubes oder eines gemeingefährlichen Verbrechens Kenntnis hat und die Anzeige dieser Delikte unterläßt, in Gefängnisstrafe verfällt. In dieser strafbaren Unterlassung liegt positiv das Gebot, etwas zu tun. Dieses Gebot steht dem Verletzungsverbote dieser Delikte gegenüber.

Es erhellt nun, daß unter den Worten: „Wer . . . . . es unterläßt" des § 139 nur diejenigen verstanden sein wollen und können, die nicht selbst, sei es als Teilnehmer oder als Täter, eines der angeführten Verbrechen begangen haben. Der Gesetzgeber kann doch unmöglich das Unterlassen der Selbstanzeige eines Mörders, eines Hochverräters, eines Brandstifters unter Strafe stellen. Schon von diesem Gesichtspunkte aus ist die Anwendung beider Paragraphen zu gleicher Zeit ausgeschlossen.

Dazu kommt noch ein anderer Punkt. Um durch eine Handlung mehrere Strafgesetze zu übertreten, bedarf es auch einer mehrfachen Schuld. Diese fehlt aber gänzlich bei einem Zusammentreffen eines der genannten Verbrechen mit dem § 139. Es muß im Gegenteil immer Schuldeinheit angenommen werden. Dieser Satz bedarf keiner weiteren Begründung, denn es ist doch zweifellos und schon in der Natur des Deliktes begründet, daß derjenige, der beispielsweise einen Mord begeht, zugleich auch das Delikt nach § 139 vollendet. Ebenso wird § 139 für jeden unanwendbar, der zuerst die Anzeige unterläßt, und in der Fortsetzung selbst Teilnehmer an dem nicht angezeigten Verbrechen wird.

Für diese Klasse von Personen wirkt also der § 139 als subsidiärer Paragraph; zur Anwendung gelangt nur das prinzipale Gesetz.

[1]) Binding I S. 359. Köhler S. 77, der dieses Subsidiaritätsverhältnis unter die Subsidiarität der Verbrechensform rechnet.

§ 9.

Die Subsidiarität der Rechtsfolgen der Fahrlässigkeit in ihren Beziehungen zu den Rechtsfolgen des Vorsatzes.[1])

Im allgemeinen können alle Verbrechen im weiteren Sinn vorsätzlich und fahrlässig begangen werden.[2]) Regelmäßig wird das dolos begangene Delikt unter Strafe gestellt. Soll auch das fahrlässig begangene Delikt seine Bestrafung finden, so muß das im Gesetz, soweit es sich um Vergehen im engeren Sinn handelt, immer ausdrücklich gesagt werden.[3]) Niemals kann aber ein und dasselbe Delikt sowohl vorsätzlich als fahrlässig begangen werden, sondern das Delikt wird entweder nur vorsätzlich oder nur fahrlässig begangen. Die Strafe für die fahrlässige Verübung kann nur Anwendung finden, wenn der Täter nicht schon wegen vorsätzlicher Begehung gestraft wird. Das dolos übertretene Strafgesetz birgt die strengere Strafsatzung und es ist dann allein aus diesem Gesetz zu strafen. Die Fahrlässigkeit tritt gewolltermaßen hinter den Vorsatz zurück. Darin liegt die Subsidiarität der Fahrlässigkeit gegenüber dem Vorsatz.

Dieses Prinzip erleidet auch keine Unterbrechung, wenn ein Delikt fahrlässig begonnen und vorsätzlich fortgesetzt und vollendet wurde. In diesem Fall ist nur wegen vorsätzlicher Begehung zu strafen.

Anders wäre es allerdings im umgekehrten Fall, wenn ein Delikt vorsätzlich versucht und fahrlässig vollendet wurde. Hier würde Fahrlässigkeit ideell oder auch reell konkurrieren, da es sich dann um zwei Delikte, also um Verbrechensmehrheit handeln würde, infolge des Fehlens der Einheitlichkeit der Handlung.

[1]) Beling S. 310 Anm.

[2]) Die Fahrlässigkeit ist aber nicht immer strafbar.

[3]) Wenigstens im Reichsstrafgesetzbuch. In den Reichsstrafnebengesetzen kann manches Vergehen sowohl vorsätzlich als fahrlässig begangen werden, ohne daß die fahrlässige Begehung ausdrücklich mit Strafe belegt ist. In diesem Fall ist die Strafbarkeit der fahrlässigen Begehung aus dem Wortlaut des Paragraphen zu folgern. So wird z. B. Fahrlässigkeit in der Regel zu bestrafen sein, wenn es heißt: „Wer . . . . . verursacht". Verursachen kann einer vorsätzlich und fahrlässig.

§ 10.

Das Verhältnis der Subsidiarität infolge von Konsumtion.

Von Konsumtion kann man dann sprechen, wenn der Tatbestand des einen selbständigen Verbrechens (im weiteren Sinn) im Tatbestand eines anderen selbständigen Deliktes enthalten ist, oder wörtlich, wenn ein Tatbestand einen andern Tatbestand verschlingt. Beide Strafgesetze stehen dann zu einander in Gesetzeskonkurrenz und zwar im Subsidiaritätsverhältnis. Der konsumierende Tatbestand ist immer primär, während der konsumierte Tatbestand subsidiär ist.

Die Konsumtion tritt im Strafgesetzbuch verschiedentlich auf, wird aber in der Praxis leider zu wenig beachtet, obwohl Beachtung für das Strafausmaß von wesentlichem Einfluß sein würde.

Sehr häufig wird im Strafgesetzbuch das Moment der Nötigung bei Anwendung eines Paragraphen, der dieses Moment stillschweigend oder ausdrücklich zum Tatbestandsmerkmal hat, konsumiert.

Die Nötigung wird als selbständiges Delikt im § 240 des StGB. unter Strafe gestellt. Sie bildet ein Vergehen wider die persönliche Freiheit, wie die Freiheitsberaubung. (§ 239.)

Bevor die Fälle der Konsumtion behandelt werden, ist auf die Stellung der Nötigung in ihrem Verhältnis zur Freiheitsberaubung und der Bedrohung einzugehen. Die Nötigung steht lediglich zur Bedrohung im Verhältnis der Subsidiarität, während sie zur Freiheitsberaubung im Verhältnis der Spezialität zu stehen kommt.

Die Nötigung bildet das Gattungsdelikt[1]) für die Delikte wider die persönliche Freiheit, soweit die Gewaltanwendung zum Tatbestand des Freiheitsdeliktes gehört. Da das subsidiäre Strafgesetz aber die Stelle einer Aushilfe einnimmt, ein Gattungsdelikt hingegen niemals aushilfsweise angewendet werden kann,

[1]) Ebenso Hill, der subsidiäre Charakter der Nötigung, Binding Lehrbuch I S. 88, Frank § 240 VI Abs. 2.

so kann auch die Nötigung niemals die Stellung eines subsidiären Deliktes haben. Man kann also nicht sagen, die Nötigung ist der Freiheitsberaubung subsidiär, sondern man muß sagen, die beiden Delikte stehen zu einander im Verhältnis der Spezialität.[1])

Anders ist das Verhältnis von Nötigung und Bedrohung aufzufassen. Hier ist Subsidiarität der beiden Delikte anzunehmen. Primäres Gesetz ist aber die Nötigung, subsidiäres die Bedrohung. Die Subsidiarität tritt hier ein infolge von Konsumtion; denn wenn die Nötigung durch Bedrohung mit einem Verbrechen ausgeführt wird, so ist darin schon der Tatbestand der Bedrohung enthalten; die Nötigung verschlingt dann die Bedrohung.[2])

Eine stillschweigende Konsumtion der Nötigung wird anzunehmen sein beim Mord, beim Totschlag, bei der Körperverletzung. Diese Delikte werden alle begangen unter Anwendung von Gewalt.

[1]) Hill hat in einer Abhandlung den subsidiären Charakter der Nötigung dargelegt. Er unterscheidet eine Subsidiarität, hervorgerufen durch das Verhältnis der lex generalis zur lex specialis, eine Subsidiarität infolge von Subsidiarität der Normen, eine Subsidiarität infolge von Konsumtion und eine Subsidiarität der Verbrechensformen. In allen diesen Beziehungen sei, so sagt Hill, die Nötigung als subsidiäres Delikt zu erachten. Im Resultat stimmt nun zwar Hill mit unserer Ansicht überein, aber nur deshalb, weil er auch die Fälle der Spezialität unter den Begriff Subsidiarität der Strafgesetze subsumiert. Das Spezialitätsverhältnis ist aber nur eine Unterart der Gesetzeskonkurrenz und steht daher dem Subsidiaritätsverhältnis koordiniert zur Seite.

Auch Beling S. 305 geht mit Hill wenn er sagt: das Verhältnis der Spezialität eines Typus gegenüber einem anderen führt zur Subsidiarität der Strafdrohung für den Typus.

[2]) Binding Lehrbuch I S. 105. Im Resultat mit Hill übereinstimmend; doch sieht dieser die Subsidiarität darin, daß die Bedrohung als Gefährdungsdelikt der Nötigung als Verletzungsdelikt subsidiär ist (S. 23). Ich bin nun der Meinung, daß es sich bei der Bedrohung überhaupt nicht um ein Gefährdungs-, sondern ebenfalls wie bei der Nötigung um ein Verletzungsdelikt handelt; denn durch die Bedrohung wird nach richtiger Ansicht das Rechtsgut der persönlichen Sicherheit verletzt. — Meyer-Allfeld § 108 Ziff. 1. Oppenhof n. 8 zu 241; anderer Ansicht Olshausen n. 5 zu 241, der die Bedrohung als Polizeidelikt auffaßt. — Mit dem Gesagten dürfte auch Frank S. 311 widerlegt sein, der der Nötigung im Verhältnis zu allen Delikten des 18. Abschnittes den subsidiären Charakter unterschiebt.

Die Strafe der Nötigung wird aber in all den Fällen konsumiert von der viel höheren Strafe der angeführten Delikte.

Auch die §§ 176 bis 178 über Notzucht — ausgenommen § 176 Abs. 3[1]) — enthalten ausdrücklich den Tatbestand der Nötigung. Man wird den Täter eines Notzuchtverbrechens nicht wegen Notzucht in ideellem Zusammenfluß mit Nötigung strafen, sondern allein wegen Notzucht. Die Notzucht konsumiert eben die Nötigung.[2])

Der Tatbestand der Nötigung ist zwar noch in vielen Paragraphen des Strafgesetzbuches enthalten,[3]) so in den §§ 105, 106, 107, 114, 116 Abs. 2, 117, 122, 167, 236, 249 bis 255, 339, 343 Seemannsordnung § 103; aber es handelt sich hier nicht um Fälle der Subsidiarität, sondern um solche der Spezialität.

Der Nötigungsparagraph kommt selbständig erst dann wieder zur Anwendung, wenn keiner der angeführten Paragraphen gleichzeitig Anwendung finden kann.

Eine Tötung ohne Körperverletzung ist undenkbar. Die Tötung wird immer durch eine Körperverletzung bewirkt. Bei jedem Tötungsdelikt bildet ein Körperverletzungsdelikt den Durchgangspunkt. Trotzdem immer beide Delikte gegeben sind, wird doch immer nur wegen Tötung bestraft. Man kann nicht sagen, daß die Körperverletzung ignoriert wird; sie wird aber durch die Tötung konsumiert.[4]) Daß die Strafe der Körperverletzung von der Tötungsstrafe lediglich konsumiert wird, kommt zum Ausdruck bei der Strafzumessung. Es ist dabei der Grundsatz aufzustellen: niemals soll die Strafe des konsumierenden Deliktes der Art und dem Maße nach kleiner sein, als das Minimum der Strafe des konsumierten Deliktes. Im Gesetz selbst findet dieser Grundsatz bedauerlicherweise keine Stütze; aber aus logischen Gründen und aus Gründen der Gerechtigkeit dürfte die Annahme des aufgestellten Satzes trotzdem gerechtfertigt er-

[1]) § 176 Abs. 3 kann mit § 240 in Idealkonkurrenz treten. Ebenso Oppenhof n. 13—15 zu § 240, n. 26 zu § 176. E. d. R. G. 11 S. 387.

[2]) Binding Lehrbuch I S. 201 oben.

[3]) Binding Handbuch S. 365 n. 4.

[4]) Meyer-Allfeld S. 351 nimmt hier das Verhältnis der Spezialität an.

scheinen. Das Gesetz hat dem Richter in der Strafzumessung in den meisten Fällen einen großen Spielraum gewährt, so daß es ihm wohl möglich ist, den Grundsatz zu verwerten.

Es kommen Fälle vor, daß die Tötungs- und Körperverletzungsstrafe von anderen Strafen konsumiert wird. Das ist der Fall bei den Bestimmungen über den Zweikampf. So konsumiert § 206 die Tötungs-, § 205 die Körperverletzungsstrafe.

Hier ist noch zu erwähnen die Subsidiarität der §§ 201 zu 205[1]) und § 202 zu 206. § 201 und § 202 können nur angewendet werden, wenn ein Zweikampf überhaupt nicht stattgefunden hat. Sobald der Zweikampf vollendet ist — das wird immer der Fall sein, wenn ein Hieb gefallen ist —, so findet, gleichgültig, ob dabei eine Verletzung herausgekommen ist oder nicht, § 205 Anwendung. § 201 bildet gleichsam die Vorbereitungshandlung zu § 205.

Ein anderer Paragraph, der die Tötungs- bezw. Körperverletzungsstrafe konsumiert, ist der § 220 über die Abtreibung. Dem § 220 Abs. 2 ist auch der § 222 über fahrlässige Tötung subsidiär.

§ 142 konsumiert ebenfalls die Körperverletzungsstrafe. Wenn einer einen anderen zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht, indem er ihm beispielsweise eine Hand abschlägt, ist lediglich aus § 142 strafbar. Wenn aber durch die Körperverletzung der Tod des Verstümmelten herbeigeführt würde, so würde allerdings Idealkonkurrenz zwischen Verstümmelung und fahrlässiger oder vorsätzlicher Tötung gegeben sein, also Idealkonkurrenz zwischen § 142 und § 211 ff.[2]); aber auch da würde allein § 142 nach dem Grundsatz des § 73 Anwendung finden.

Eine Reihe von Paragraphen des Strafgesetzbuches haben den Begriff der Sachbeschädigung zum Tatbestand, so die §§ 103a (Beschädigung eines Hoheitszeichens eines fremden Staates), 125

[1]) Beling S. 319.

[2]) Binding I S. 368c hält bei Idealkonkurrenz von § 142 und § 226 den § 142 für anwendbar; doch dürfte es sich hier lediglich um einen Redaktionsfehler handeln, insofern, als es statt § 226 wahrscheinlich § 222 heißen soll. Idealkonkurrenz zwischen § 142 und § 226 ist nach dem Gesagten überhaupt nicht möglich, da die Bestimmungen über Körperverletzung doch durch § 142 konsumiert werden.

(Gewalttätigkeit gegen Sachen bei der Zusammenrottung), 133[1]) (Beschädigung amtlich aufbewahrter Urkunden usw.), 134 (Beschädigung öffentlich angeschlagener Bekanntmachung), 135 (Beschädigung von Hoheitszeichen eines Bundesstaates), 136 (Beschädigung amtlicher Siegel), 137 (Beschädigung der durch Behörden gepfändeten Sachen), 168 (Beschädigung eines Grabes), 274 (Beschädigung einer fremden Urkunde), 315 (Gefährdung eines Eisenbahntransportes), 317 (Beschädigung einer Telegraphenanlage), 321 (Beschädigung von Wasserbauten), 322 (Zerstören von Schiffahrtszeichen), 323 (Bewirkung der Strandung eines Schiffes), 348 Abs. 2 (Beschädigung einer anvertrauten Urkunde), 354 (widerrechtliche Eröffnung eines Briefes seitens eines Postbeamten), 355 (Eröffnung einer Depesche seitens eines Telegraphenbeamten). Diese Paragraphen stehen zum § 303 zwar auch im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz, aber die dort behandelten Delikte sind nicht Fälle der Subsidiarität, sondern Fälle der Spezialität. Die Paragraphen enthalten teils hinsichtlich der Objekte engere Tatbestände, teils richten sie sich gegen einen bestimmten Personenkreis.

Eine wichtige Gruppe für die Konsumtion der Sachbeschädigung bilden die Paragraphen des 27. Abschnittes über die Brandstiftung. Es erhellt, daß gleichzeitig mit jeder Brandstiftung auch eine Sachbeschädigung verbunden ist, denn Feuer verzehrt und zerstört die in Brand gesetzte Sache. Das bedarf keiner weiteren Erörterung. Aber diese Sachbeschädigung wollte der Gesetzgeber nicht als eigenes Delikt strafen, sondern bei der Strafbemessung bezüglich der Brandstiftung ist diese Strafe der Sachbeschädigung schon mit eingerechnet. Wenn einer ein Haus in Brand steckt, wird er lediglich wegen Brandstiftung verurteilt und nicht auch wegen Sachbeschädigung bezüglich des mitverbrannten Mobiliars.

Hieher gehören auch die §§ 312 bis 314. Diese Paragraphen konkurrieren offenbar auch nicht mit dem Sachbeschädigungsparagraphen, und doch hat jede Überschwemmung eine Sachbeschädigung im Gefolge. Wer vorsätzlich eine Überschwem-

[1]) Frank § 303 VI hält Idealkonkurrenz für möglich.

mung herbeiführt, will auch gleichzeitig eine Sachbeschädigung. Die Strafdrohung der Sachbeschädigung ist aber im Verhältnis zur Überschwemmungsstrafe eine verhältnismäßig geringe. Daraus ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber in der Überschwemmungsstrafe die Strafe der Sachbeschädigung schon berücksichtigt hat.

Ich komme nun zu der Besprechung des Verhältnisses der Kuppelei zur Beihilfe zu den übrigen Sittlichkeitsdelikten. Die Meinungen über die rechtliche Konstruktion dieser Konkurrenz sind je nach der Auffassung ganz verschieden; so wird teils Idealkonkurrenz[1]) in allen Fällen angenommen, teils Gesetzeskonkurrenz in Form der Subsidiarität[2]), teils Gesetzeskonkurrenz in Form der Alternativität.[3])

Vorausschicken will ich, daß ich im folgenden nur die Fälle als hieher gehörig behandle, bei denen die vorsätzliche Vorschubleistung fremder verbotener oder unverbotener Unzucht — das bildet das Wesen der Kuppelei — für die Sittlichkeitsdelikte in Betracht kommt. In den anderen Fällen ist meines Erachtens immer Idealkonkurrenz gegeben, da es sich dann jedesmal um zwei selbständige Delikte, die durch eine Handlung begangen werden mit unter Umständen ganz verschiedenem Vorsatz, handelt.

Es gibt aber Fälle, bei denen die strafbare Kuppeleihandlung, wenn sie zur Beihilfe zu einem Unzuchtverbrechen in Beziehung tritt, ihre Selbständigkeit verliert und vollständig in der Beihilfehandlung zum Unzuchtverbrechen aufgeht. Die beiden Gesetze stehen zu einander dann im Verhältnis der Subsidiarität, hervorgerufen durch Konsumtion. Es ist klar, daß überall da, wo die Beischlafsvollziehung den Erfolg des Sittlichkeitsdeliktes bildet, die Beihilfe zu diesem Delikt den Charakter der Vorschubleistung fremder Unzucht an sich trägt. Ist das Vorschubleisten ein strafbares, so konkurriert immer die Kuppelei mit dem Unzuchtverbrechen. Diese Konkurrenz ist aber keine Deliktskonkurrenz,

[1]) Frank § 181 I, der wohl als erster auf das Verhältnis der beiden Delikte zu einander aufmerksam gemacht hat.

[2]) Köhler S. 94 für die Fälle der gewohnheitsmäßigen Kuppelei schlechthin und für einige Ausnahmen.

[3]) Binding Lehrbuch S. 205.

sondern lediglich Gesetzeskonkurrenz; denn das ganze stellt sich nur als ein mit Qualifikationen begangenes Delikt dar. Der Tatbestand der Kuppelei wird dann von der Beihilfe zum Unzuchtverbrechen vollständig verschlungen. Die §§ 180, 181 kommen daher nur zur Anwendung, wenn nicht Beihilfe zum Unzuchtverbrechen vorliegt.

Geschieht die Vorschubleistung aus Eigennutz oder mit den Qualifikationsgründen des § 181, so wird wohl anzunehmen sein, daß dann die Kuppelei zur Beihilfe zum Unzuchtverbrechen in Idealkonkurrenz steht; denn das Moment des Eigennutzes wird im Tatbestand des Unzuchtverbrechens nicht mitgewürdigt. Dasselbe ist der Fall bei der hinterlistigen Kuppelei. Doch keine Regel ohne Ausnahme. Diese Ausnahme bildet der § 179 des Reichsstrafgesetzbuches.

Um den § 179 zur Vollendung zu bringen, wird immer notwendig sein, daß man die Frauensperson mittels hinterlistiger Kunstgriffe zur Gestattung des Beischlafes verleitet. Ist das der Fall, so wird derjenige, der Beihilfe zum § 179 RStGB. leistet, notwendigerweise auch immer gleichzeitig der Unzucht Vorschub leisten durch Anwendung hinterlistiger Kunstgriffe; er erfüllt also einerseits den Tatbestand des § 179 in Anwendung mit § 49 RStGB., andererseits den des § 181 Abs. 1 Ziff. 1. Es wäre aber unrichtig, wollte man hier Idealkonkurrenz beider Delikte annehmen; denn darin würde für jedes Delikt eine selbständige Würdigung liegen. Das darf nicht geschehen. Der Tatbestand des § 181 Abs. 1 Ziff. 1 geht vollständig im § 179 auf. § 181 wird daher in diesem einzelnen Fall konsumiert und wird deshalb dem § 179 gegenüber subsidiärer Paragraph.

Sofort gestaltet sich die Konkurrenz wieder anders, wenn diese Beihilfehandlung aus Eigennutz geschieht, oder wenn der Gehilfe zur verleiteten Person im Verhältnis des Ehemanns zur Ehefrau, von Eltern zu Kindern, von Vormündern zu Pflegebefohlenen, von Geistlichen, Lehrern oder Erziehern zu den von ihnen zu unterrichtenden oder zu erziehenden Personen steht. Dieses Moment ist im § 179 nicht von selbst mitgewürdigt. Es bleibt also selbständiges Delikt und muß daher zum § 179 in

Koordination treten. Dann ist auch zwischen § 179 und § 181 Abs. 1 Idealkonkurrenz möglich.[1])

Einen Fall der Subsidiarität infolge von Konsumtion erblicke ich auch im Verhältnis der §§ 180 und 181 zueinander. § 180 ist dann dem § 181 RStGB. subsidiär, wenn das Vorschubleisten fremder Unzucht hinterlistigerweise und zugleich aus Eigennutz oder gewohnheitsmäßig geschieht. Es liegt dann nur eine Kuppelei, eine Förderung fremder Unzucht vor. Daß zur Hinterlist auch noch der Eigennutz tritt, bildet höchstens einen Straferhöhungsgrund. Aber daß der § 181, wenn in einem Fall auch gleichzeitig die Tatbestandsmerkmale des § 180 gegeben sind, diesen Paragraphen vollständig konsumiert, halte ich für zweifellos. Indirekt drückt das der § 181 selbst aus in den Worten „selbst wenn sie (nämlich die qualifizierte Kuppelei) weder gewohnheitsmäßig, noch aus Eigennutz betrieben wird". Diese Worte sagen doch, daß, wenn die Handlung des Täters sowohl den Tatbestand des § 181 als auch den Tatbestand des § 180 gleichzeitig erfüllt, der letztere Tatbestand im Delikt des § 181 schon mitgewürdigt sein soll, daß also eine Deliktskonkurrenz hier nicht bestehen kann. Einen weiteren Grund für die Annahme einer Konsumtion bildet auch noch das bei weitem höhere Strafmaß des § 181 gegenüber dem § 180.[2]) Begeht ein Kuppler mehrere Kuppeleidelikte ge-

---

[1]) Frank § 181 Abs. 1 und Binding Lehrbuch S. 205 gehen von den gleichen Gesichtspunkten aus. Jeder sagt, Subsidiarität sei nicht anzunehmen, weil hier unter Umständen die Kuppelei als Beihilfe leicht gelinder gestraft werden würde als die einfache Kuppelei. Trotzdem kommt Frank zur Annahme von Idealkonkurrenz zwischen jeder Kuppelei und der Beihilfe zu einem Sittlichkeitsdelikt, während Binding zur Annahme von Alternativität gelangt.

[2]) Köhler kommt bei Besprechung des Verhältnisses des § 180 zum § 181 auch zur Annahme eines Subsidiaritätsverhältnisses; aber nicht wie ich vom Standpunkt der Konsumtion aus, sondern vom Standpunkt der stillschweigenden Einbeziehung aus. Unrichtig ist auch, wenn Köhler S. 106 n. 2 meint, Binding stehe im Handbuch I S. 353 auf dem gleichen Standpunkt wie er. Binding kommt dort zwar auch zur Annahme von Gesetzeskonkurrenz, aber nicht infolge von Subsidiarität der Strafgesetze, sondern infolge von Alternativität der Strafgesetze. Dieser wendet infolge-

wohnheitsmäßig und aus Eigennutz hintereinander, so liegt natürlich nur ein fortgesetztes Kuppeleidelikt vor.[1])

Ein Subsidiaritätsverhältnis besteht ferner zwischen § 181a und dem § 180, wenn der Zuhälter aus Eigennutz der Dirne förderlich ist. Es ist wohl möglich, daß der Zuhälter von der Dirne seinen Lebensunterhalt bezieht und gleichzeitig der Unzucht Vorschub leistet, wenn er z. B. der Dirne Herren zutreibt. Trifft das zu, so konsumiert der § 181a den § 180. § 181a will dann allein zur Anwendung kommen. Er hat auch die einfache Kuppelei in seinem Strafminimum bereits berücksichtigt. Das Kuppeleidelikt verliert hiebei seine Selbständigkeit.[2])

Ihre Selbständigkeit erhält die Kuppelei aber wieder, wenn z. B. zur Vorschubleistung fremder Unzucht hinterlistige Kunstgriffe angewendet werden. Ist da der Kuppler zugleich auch Zuhälter, so treten wohl zwei selbständige Delikte mit einander in Konkurrenz; denn bei Vergleichung beider Tatbestände wird keiner von dem andern berücksichtigt. Man wird da wohl zur Annahme von Deliktskonkurrenz kommen müssen.[3])

Konsumtion ist ferner vorhanden, wenn § 253 mit § 181a Abs. 2 in Konkurrenz tritt. Es ist leicht möglich, daß der Zuhälter unter Anwendung von Drohung die Frauensperson zur Ausübung des unzüchtigen Gewerbes anhält und sich gleichzeitig einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschaffen will. Dann liegt einerseits Erpressung nach § 253 RStGB., andererseits Zuhälterei nach § 181a Abs. 2 RStGB. vor. Da der Tatbestand des § 181a Abs. 2 den Tatbestand des § 253 vollständig berücksichtigt und letzteres Delikt daher seine Selbständigkeit verliert, geht der Strafanspruch nach § 253 vollständig im Strafanspruch des § 181a

dessen, je nach dem einzelnen Falle, bald das eine, bald das andere Strafgesetz an.

Eine andere Ansicht wieder (Idealkonkurrenz) vertritt Olshausen Nr. 7 zu § 181. Thomas S. 38. Siehe ferner Binding Handbuch I S. 553 n. 19.

[1]) Interessant Binding Handbuch I S. 553 Anm. 21.

[2]) Gesetzeskonkurrenz nimmt auch an R. G. IV vom 4. Januar 1901. E. XXXIV S. 74 ff.

[3]) Binding Lehrbuch I S. 210 hält bei einem Zusammentreffen von Kuppelei mit Zuhälterei immer Deliktskonkurrenz für gegeben.

Abs. 2 auf. § 181a Abs. 2 kommt allein zur Anwendung. Es ist das wichtig wegen des höheren Strafminimums. Würde sich herausstellen, daß dem Erpresser die Zuhältereigenschaft fehlt, so würde ein Strafanspruch nach § 253 wirksam.

Recht interessant und äusserst wichtig ist die Lösung der Frage: wie ist die Konkurrenz zwischen einem Versuch zu einem Verbrechen und einem zugleich vollendeten Verbrechen aufzufassen? Ich gehe bei der Behandlung im großen ganzen vollständig mit Köhler und sage, der Versuch zu einem Verbrechen wird das vollendete Verbrechen immer dann konsumieren, wenn das vom Versuch zur Vollendung weiter geführte Delikt das andere vollendete Delikt konsumieren würde. Klar ist, daß der Mord die Körperverletzung konsumiert. Man kommt hienach zu der Annahme, daß auch versuchter Mord die vollendete Körperverletzung konsumiert. Der Täter faßt hiebei nur einen einheitlichen Vorsatz. Bei jedem Einbruchdiebstahl liegt zugleich auch ein vollendeter Hausfriedensbruch vor. Begeht der Täter nur einen Versuch zum Verbrechen eines schweren Diebstahls, so besitzt dieser Versuch gleichwohl Konsumtionskraft gegenüber dem vollendeten Hausfriedensbruch, da auch dem vollendeten Einbruchdiebstahl diese Konsumtionskraft innewohnen würde. Das gleiche ist auch beim Delikt des § 216 RStGB. bei der Tötung Verlangender zu sagen. Ich komme also zu dem Resultat, daß in diesem Fall immer der Versuch das vollendete darin liegende Delikt konsumiert, daß daher Gesetzeskonkurrenz in der Form der Subsidiarität anzunehmen ist.

Anders gestaltet sich das Verhältnis allerdings wieder, wenn das zur Vollendung fortgeschrittene Delikt diese Konsumtionskraft nicht besitzt. Der Mord konkurriert mit dem Raub eventuell idealiter. Der Mordversuch kann deshalb auch niemals ein vollendetes Verbrechen des Raubes konsumieren. Es ist zwischen beiden Delikten Idealkonkurrenz anzunehmen.

Komplizierter wird die rechtliche Konstruktion, wenn seitens des Täters von dem Versuch nach § 46 RStGB. ein freiwilliger Rücktritt erfolgt, so daß also an sich ein strafloser Versuch und ein vollendetes Delikt gegeben ist. Bleibt hier die Konsumtion

auch bestehen nach erfolgtem Rücktritt, d. h. wirkt die Konsumtion auch auf das vollendete Delikt oder wird das in dem Versuch liegende vollendete Delikt jetzt der Bestrafung zugeführt? Die herrschende Meinung[1]) argumentiert so: der mittels des Giftes ausgeführte Mord hat der Vergiftung gegenüber Konsumtionskraft. Besitzt diese Kraft aber das vollendete Verbrechen, so muß sie auch dem versuchten Verbrechen zugesprochen werden. Es ist daher derjenige, der einen andern mittels Giftes zu töten versucht — die Vergiftung ist vollendet, während es bezüglich der Tötung beim Versuch geblieben ist — nur wegen versuchten Mordes und allein wegen versuchten Mordes, nicht auch wegen vollendeter Vergiftung zu strafen. Das gleiche gelte aber auch, wenn ein freiwilliger Rücktritt vom Versuch erfolgt, da das vollendete Delikt vom versuchten konsumiert sei und infolgedessen nicht mehr aufleben könne. Der Täter müsse daher in einem solchen Fall freigesprochen werden. Diese Ansicht ist für die Praxis unhaltbar, denn sie führt zu ungerechten Urteilen; sie ist auch nicht richtig, da sie das Wesen der „Subsidiarität" verkennt. „Wird der primäre Tatbestand infolge irgend welcher Gründe illusorisch, so tritt nun gerade der subsidiäre Tatbestand kraftvoll hervor." Die Strafdrohung des konsumierten Deliktes wird von der Strafdrohung des konsumierenden nur dann verschlungen, wenn bezüglich des konsumierenden Deliktes überhaupt eine Bestrafung eingetreten ist; denn solange dies nicht der Fall ist, findet eine Konsumtion überhaupt nicht statt. Man muß daher sagen: findet ein freiwilliger Rücktritt in den Fällen des qualifizierten Versuches[2]) statt, so bleibt nur der Versuch als

[1]) So Binding Lehrbuch I S. 60, der aus der Subsidiarität der Gefährdungs- zu den Verletzungsdelikten zu diesem Resultat kommt, ferner Olshausen n. 3 zu § 46, Frank zu § 229 III zu § 46 IV, von Liszt § 48 IV 2 mit n. 5, vergleiche auch § 91 n. 2., die alle nur in den Fällen der Idealkonkurrenz Bestrafung für das vollendete Delikt fordern, in diesem Fall ist es aber selbstverständlich.

[2]) Man unterscheidet einen einfachen und qualifizierten Versuch. Die erstere Art ist klar und bedarf keiner weiteren Begründung, die letztere Art liegt dann vor, wenn in einer Versuchshandlung schon ein vollendetes Delikt enthalten ist, sei es daß dieses einen wesentlichen Bestandteil des

solcher straflos, das in dem Versuch liegende vollendete Delikt ist, weil nicht konsumiert, der Bestrafung zuzuführen.[1])

Ich komme noch kurz zu sprechen auf die Fälle, in denen die Beleidigung von andern Delikten konsumiert wird. Die Beleidigung wird von andern Delikten immer dann konsumiert, wenn sie begrifflicher- oder natürlicherweise in dem andern Delikt liegt. Tritt aber noch ein selbständiger Beleidigungsvorsatz hinzu, so wird anzunehmen sein, daß dann die beiden Delikte selbständig neben einander stehen und ideal oder real konkurrieren können. Ob im einzelnen Fall Konsumtion oder Idealkonkurrenz anzunehmen ist, wird gewöhnlich quaestio facti sein. In einem Ehebruch liegt zweifellos auch immer eine Beleidigung; doch bildet diese kein selbständiges Delikt, sondern sie wird vom Ehebruch konsumiert. Eine Beleidigung wird ferner als konsumiert angenommen werden müssen im Notzuchtsverbrechen, in der Freiheitsberaubung usw. Man wird sagen müssen, daß in diesem Fall der Gesetzgeber immer die Beleidigung auch gleichzeitig in der Strafe des konsumierenden Deliktes mitberücksichtigt hat.

Über das Verhältnis des § 306 zu § 308 ist folgendes auszuführen: die beiden Tatbestände sind im wesentlichen gleich. Das Inbrandsetzen der in den Paragraphen bezeichneten Gegenstände bildet das Erfordernis für die Anwendung. Der § 306 stellt sich als Qualifikation gegenüber dem § 308 dar. Der Täter muß den Qualifikationsgrund kennen, um aus dem schwereren Paragraphen gestraft werden zu können. Weiß er nicht, daß in den Gebäuden Menschen wohnen, so kann er nur aus § 308 gestraft werden. Eine Idealkonkurrenz ist nicht denkbar; es besteht zwischen beiden Paragraphen nur Gesetzeskonkurrenz. Die Anwendung

Versuchsdeliktes bildet, in welchem Fall nur wegen Versuchs zu strafen ist (also in den Fällen der Gesetzeskonkurrenz, z. B. Körperverletzung und Tötung), oder daß dasselbe nur ein zufällig gewähltes Mittel für die Verübung des versuchten Deliktes darstellt, in welchem Fall auch formell ein Zusammentreffen des versuchten mit dem vollendeten Delikt erfolgt (also Idealkonkurrenz). Meyer 5. Aufl. S. 218 n. 80, Meyer-Allfeld § 31 Nr. 5 lit. e.

[1]) Ebenso Meyer-Allfeld S. 183 n. 65, Köhler S. 98, Meyer 5. Aufl. S. 489 n. 20, Finger I S. 323 n. 416, insbesondere Beling S. 309.

des einen schließt die Anwendung des anderen aus. Insofern kann auch hier von einer Subsidiarität gesprochen werden.[1])

Eine Konsumtion dieser Paragraphen würde auch noch eintreten durch § 5. § 6 des Sprengstoffgesetzes vom 9. Juni 1884, sofern die Brandstiftung unter Anwendung von Dynamit geschieht; denn die Anwendung von Dynamit soll keinen Privilegierungs-, sondern einen Qualifikationsgrund bilden.

Im § 164 RStGB., der über die falsche Anschuldigung handelt, liegt naturgemäß der Tatbestand der verleumderischen Beleidigung. Es wird aber trotzdem eine Verbrechenskonkurrenz nicht angenommen werden können, da nach der Strafe des § 164 RStGB. die Verleumdung bereits in Berücksichtigung gezogen ist.[2])

Die Annahme einer Idealkonkurrenz zwischen § 164 und § 185 ff. ist aber nicht schlechthin zu verneinen, z. B. dann nicht, wenn der Täter nach § 164 den Verletzten auch anderer ehrenrühriger Handlungen beschuldigt, die jedoch nicht strafbar sind.

Schließlich ist noch hinzuweisen auf die Konsumtion der Begünstigung durch die §§ 336 und 346 RStGB., auf die Konsumtion der Einsperrung durch den § 345.[3])

Es erhellt ohne weiteres, daß auch im Raub immer das Diebstahlsdelikt konsumiert wird; ebenso wird das Delikt der Freiheitsberaubung konsumiert im Raub und in der Notzucht, insoweit die Freiheitsberaubung zur Verwirklichung jener Delikte gehört.[4])

[1]) Hälschner II 2 S. 622. Binding Normen II S. 586, Handbuch S. 351; er kommt zur Annahme von Alternativität. von Buri S. 620.

Anderer Meinung Olshausen zu § 208 n. 9 c. Oppenhof § 306, Rüdorff § 308, Goltd. Arch. XXIII S. 547.

[2]) Die Frage ist bestritten. Insbesondere nimmt Olshausen n. 19 zu § 73 zwischen § 164 und 185 ff. Idealkonkurrenz an, ebenso n. 7 zu § 187. Er gibt aber zu, daß fast immer der Tatbestand der wissentlich falschen Anschuldigung denjenigen der Verleumdung in sich schließt.

[3]) Weitere Fälle noch Binding Handbuch I S. 369 n. 21.

[4]) Meyer-Allfeld § 79 Ziff. 8.

§ 11.

Die Subsidiarität infolge von Absorption und die Subsidiarität der Nachtat im Verhältnis zur Vortat.

In einer letzten Gruppe will ich noch von denjenigen Fällen sprechen, in denen das Verhältnis der Subsidiarität infolge von Absorption zum Vorschein kommt. Die Absorption ist mit der Konsumtion sehr nahe verwandt, die Grenzlinie ist flüssig und es kann oft schwierig sein, die beiden Arten zu unterscheiden. Wenn ich in § 10 davon gesprochen habe, daß Konsumtion dann vorliegt, wenn ein Tatbestand einen andern verschlingt, so war damit ausgedrückt, daß das Durchgangsdelikt immer notwendig in dem konsumierenden Delikt enthalten ist. Bei der Absorption sind zwar auch immer ein oder mehrere Delikte im beabsichtigten Delikt enthalten, die Verbindung ist aber keine zwingende, keine notwendige, die beiden Delikte sind von einander vollständig unabhängig; die Verbindung ist aber eine regelmäßige. Das absorbierte Delikt ist im absorbierenden Delikt so regelmäßig enthalten, daß man annehmen muß, seine Strafdrohung ist schon in der Strafdrohung des anderen Deliktes genügend berücksichtigt.

Als subsidiäre Bestimmung muß die des § 184 Ziff. 2 aufgefaßt werden. § 184 Ziff. 2 ist der Ziff. 1 des § 184 subsidiär. Letztere Ziffer stellt das Feilhalten, Verkaufen, Verteilen von unzüchtigen Schriften, Abbildungen oder Darstellungen usw. unter Strafe, während die Ziff. 2 verbietet, unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen einer Person unter 16 Jahren gegen Entgelt zu überlassen oder anzubieten. § 184 Ziff. 2 ist nur Aushilfsdelikt, insoweit hier auch das Überlassen auf privatem Weg gestraft wird. Auch ist hier nicht die Verbreitung des unzüchtigen Werkes im Sinn der Nummer 1 nötig; insofern absorbiert Ziff. 1 die Ziff. 2 des § 184 und ist deshalb subsidiär.[1])

Ein Subsidiaritätsverhältnis besteht auch für den § 182 in Beziehung zum § 176 Ziff. 3.

[1]) Olshausen n. 10 zu § 184.

Der § 176 Ziff. 3 muß nicht notwendigerweise eine Beischlafsvollziehung enthalten, während der § 182 diese zur Erfüllung des Tatbestandes erfordert. Beide Paragraphen fordern also an sich ganz verschiedenes. Trotzdem ist es möglich, daß die Tatbestände in einander fallen und dann wird § 182 vom § 176 Ziff. 3 absorbiert. Wird beispielsweise ein Mädchen unter 14 Jahren benützt — vorausgesetzt natürlich, daß das Delikt keine Notzucht ist — so fällt der Täter einerseits unter § 176 Ziff. 3, weil er mit einer Person unter 14 Jahren unzüchtige Handlungen vorgenommen hat, andererseits trifft ihn die Strafe des § 182, weil er ein unbescholtenes Mädchen, welches das 16. Lebensjahr nicht vollendet hat, zum Beischlaf verführt hat. Der Täter hat bei der Begehung aber zweifellos nur einen einheitlichen Vorsatz gefaßt, weshalb nur ein Delikt gegeben ist und zwar das mit härterer Strafe bedrohte des § 176 Ziff. 3. Würde sich herausstellen, daß der Täter anzunehmen berechtigt war, daß er es mit einem Mädchen über 14 Jahren, aber unter 16 Jahren zu tun habe, so würde wieder lediglich der subsidiäre § 182 Anwendung finden.[1])

§ 171 bedroht die Bigamie mit Strafe. Nun wird ja in den weitaus meisten Fällen gleichzeitig mit der Bigamie ein Ehebruch verbunden sein — das Gegenteil ist aber möglich. Soweit der Ehebruch des § 172 in der Bigamie des § 171 enthalten ist, wird er absorbiert. Es muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber in der Strafe der Bigamie auch gleichzeitig die Strafe des Ehebruchs einbezogen hat, da das Vorliegen beider Tatbestände den normalen Fall bildet. § 172 findet also nur in den Fällen Anwendung, in denen § 171 nicht in Frage kommt.

Auch die Sachbeschädigung kann absorbiert werden. A schießt den B auf der Straße nieder und macht sich dadurch eines Mordes nach § 211 schuldig. Nun ist zweifellos, daß in einem solchen Fall häufig auch zugleich der Tatbestand der Sachbeschädigung gegeben ist, dadurch daß beispielsweise die Kleidung des Ermordeten beschädigt worden ist. Da soll nun bei der Beurteilung

[1]) Ebenso Meyer-Allfeld S. 633. Idealkonkurrenz zwischen § 182 und § 176 III nehmen an Olshausen n. 1b zu § 182 und Frank I 2 zu § 182.

der Tat das geringe Delikt der Sachbeschädigung gegenüber dem so schweren Delikt des Mordes gar nicht weiter in Betracht kommen. Sofern noch Sachbeschädigung hier vorliegt, hat dieselbe der Gesetzgeber als vollständig minderwertig stillschweigend in das schwere Delikt einbezogen. Wenn man den Fall erweitert, so würde beispielsweise auch noch das Delikt des Hausfriedensbruches absorbiert werden, wenn der Täter widerrechtlich eindringt, um einen andern zu ermorden.

Die Sachbeschädigung und der Hausfriedensbruch werden ferner absorbiert bei Einbruchdiebstahl nach § 243 Ziff. 3. In den Tatbeständen dieser Diebstahlsfälle ist die Sachbeschädigung und der Hausfriedensbruch so regelmäßig enthalten, daß diese Delikte als in der Strafdrohung des Einbruchdiebstahls mitberücksichtigt zu rechnen sind.[1])

Weiter gehört hieher die unbefugte Brieferöffnung des § 299. In dem Aufschneiden, in dem Öffnen des Briefes liegt zweifellos das Zerstören einer fremden Sache. Nun ist ja denkbar, daß ein Brief geöffnet wird, ohne daß das Kuvert beschädigt wird. Sofern aber mit der Brieferöffnung zugleich eine Sachbeschädigung verbunden ist der Gestalt, daß nur das Kuvert beschädigt ist, will der Gesetzgeber diese Sachbeschädigung schon im § 299 berücksichtigt haben. Schneidet der Brieföffner aber auch gleich-

[1]) Ebenso im Effekt Meyer-Allfeld § 61 I d ε n. 47, Olshausen n. 63 zu § 243, n. 12b zu § 303, Oppenhoff n. 31 zu § 243, n. 22 zu § 247, n. 6 zu § 73, die aber alle offenbar Konsumtion annehmen, obwohl mit Einbruch nicht notwendig eine Sachbeschädigung verbunden sein muß. Frank S. 324 sträubt sich ebenfalls gegen Annahme von Konsumtion in diesem Fall und kommt daher zur Annahme einer Idealkonkurrenz, obwohl auch er zugibt, daß regelmäßig im Einbruchdiebstahl eine Sachbeschädigung liegen wird. Auch das R. G. teilt in einer Entscheidung Band 15 S. 12 den Standpunkt Frank's, da es zwischen Sachbeschädigung und Einbruchdiebstahl Idealkonkurrenz annimmt, weil der Tatbestand der Sachbeschädigung nicht unerläßliches Begriffsmerkmal des Einbruchdiebstahls ist (also Konsumtion). In der Entscheidung Band 24 S. 269 korrigiert das Reichsgericht aber seine Ansicht, indem es jetzt Gesetzeskonkurrenz annimmt, weil ein Delikt im andern verschmilzt und aufgeht, wenn es das dem regelmäßigen Hergang entsprechende Mittel bildet und deshalb auch vom Gesetz als regelmäßig vorhanden angenommen wird.

zeitig vorsätzlich den im Kuvert enthaltenen Brief durch, so stehen § 299 und § 303 wieder in Idealkonkurrenz. Es gilt eben der Satz: „Absorption besteht nur, soweit das absorbierte Delikt Bestandteil der Ausführung des absorbierenden Deliktes ist.[1])

§ 313 ist dem § 312 RStGB. subsidiär. § 312 bedroht die Herbeiführung einer Überschwemmung mit gemeiner Gefahr für Menschenleben mit Strafe; § 313 die Herbeiführung einer Überschwemmung mit gemeiner Gefahr für das Eigentum. Während der erstere Paragraph das Rechtsgut des Lebens schützt, hat der letztere Paragraph den Schutz des Rechtsgutes des Eigentums im Auge. Beide Paragraphen bezwecken also, jeder für sich genommen, etwas anderes und doch kann es Fälle geben, in denen das mildere Gesetz bei Anwendung des strengeren mitberücksichtigt wird. Das ist immer dann der Fall, wenn bei der Herbeiführung einer Überschwemmung mit gemeiner Gefahr für Menschenleben auch gleichzeitig eine gemeine Gefahr für Eigentum mitverbunden ist — meistens wird das der normale Fall sein. Da hat nun der Täter mit dieser einen Handlung nicht zwei Delikte begangen, sondern hat nur ein Delikt, das unter mehrere gesetzliche Bestimmungen fällt, verübt. § 312 und § 313 treten zu einander in Gesetzeskonkurrenz und da absorbiert beim Zusammentreffen beider Paragraphen der § 312 den § 313. Für die Annahme dieser Konkurrenzart spricht einmal der Umstand, daß bei jeder Überschwemmungsherbeiführung der Täter nur einen einheitlichen Vorsatz faßt, der überhaupt nur auf die Herbeiführung einer Überschwemmung gerichtet ist, obwohl er sich der Gemeingefahr für Menschen und Sachen bewußt ist. Dem einheitlichen Vorsatz entspricht aber auch das einheitliche Delikt. Sodann ist für die Richtigkeit der vorgetragenen Ansicht ein Schluß zu ziehen aus § 314, der eine Überschwemmung mit gemeiner Gefahr für Leben und Eigentum, sofern sie durch Fahrlässigkeit herbeigeführt ist, unter eine Strafdrohung stellt. Wenn eine solche Verquickung der Tatbestände bei einem durch Fahrlässigkeit begangenen Delikte möglich ist, warum sollte dann, wenn die

[1]) Köhler S. 93 oben.

Schuld sich als Vorsatz darstellt, eine andere Konstruktion eintreten?[1])

Ein Subsidiaritätsverhältnis liegt ferner vor im Verhältnis des § 360 Ziff. 12 zu den §§ 302a bis d RStGB. An und für sich fällt § 360 Ziff. 12 nicht mit den §§ 302a bis d zusammen; denn das Überschreiten des[2]) durch Landesgesetz oder Verordnung der zuständigen Behörde bestimmten Zinsfußes braucht notwendigerweise kein Wucher zu sein und wird das auch meistens nicht sein. Wird demjenigen, der diesen höheren Zins verlangt, aber das wucherische Geschäft nachgewiesen, so will auch § 360 Ziff. 12 nicht mehr zur Anwendung kommen, sondern die Tat ist lediglich aus den angeführten Paragraphen über Wucher zu beurteilen.[3])

Hier sei auch hingewiesen auf das Subsidiaritätsverhältnis des § 270 zu § 267. Offenbar wird § 270 vom § 267, wenn beide Paragraphen zusammentreffen, mit umschlossen. § 270 stellt eine selbständige Strafdrohung überhaupt nicht auf;[4]) ebenso steht die Begünstigung zur Gefangenenbefreiung im Subsidiaritätsverhältnis.

Schließlich ist noch zu sprechen von der Subsidiarität der Strafdrohung der Nachtat im Verhältnis zur Strafdrohung der Vortat. Auch in den Fällen, in denen eine zum Tatbestand eines Deliktes gehörige Absicht verwirklicht wird, wird die Strafdrohung dieser Nachtat absorbiert. So kann der Dieb, der die gestohlene Sache veräußert, nicht mehr wegen Unterschlagung gestraft werden, auch nicht, wenn er die Sachen zwecks Zerstörung stiehlt und diese Zerstörung betätigt, wegen Sachbeschädigung; der Münzfälscher, der die Falsifikate in Verkehr bringt, wird nur wegen des ersteren Delikts gestraft. Ist aber die Vortat aus

[1]) Olshausen n. 4b zu § 313 nimmt zwischen §§ 312 und 313 Idealkonkurrenz an. Ebenso Frank II zu § 313; dieser gibt aber zu, daß jede Überschwemmung sowie eine Gefährdung von Menschen enthält, auch eine solche von Sachen in sich schließt.

[2]) Wuchergesetz vom 24. Mai 1880 Art. 2.

[3]) Binding Lehrbuch I S. 461.

[4]) Binding Handbuch I S. 558 n. 43; R. G. II vom 28. Juni 1881. E. IV 345; anderer Meinung R. G. III vom 2. Februar 1881. E. III 311 ff.

irgend welchen Gründen nicht zur Bestrafung gekommen, so tritt das subsidiäre Delikt, die Nachtat, mit seiner Strafdrohung wieder in seine Rechte.[1])

§ 12.
Schlußbetrachtung.

In formeller Beziehung wird die Unterscheidung zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz für den Eröffnungsbeschluß bedeutsam. Nach § 205 der StPO. hat der Eröffnungsbeschluß die dem Angeschuldigten zur Last gelegte Tat unter Hervorhebung ihrer gesetzlichen Merkmale und des anzuwendenden Strafgesetzes zu bezeichnen. Liegen nun wie bei der Idealkonkurrenz mehrere Delikte vor, so müssen auch im Eröffnungsbeschluß sämtliche übertretenen Paragraphen, sowohl nach ihren Tatbestandsmerkmalen, als auch ziffermäßig aufgeführt werden. Eine Änderung der Anklage könnte nur unter Beobachtung des § 264 StPO. erfolgen. Nichtbeobachtung dieser Vorschrift wäre als Gesetzesverletzung zu erachten.

Anders bei der Annahme eines Subsidiaritätsverhältnisses. Der subsidiäre Paragraph ist immer im primären enthalten, weshalb die Anklage bei Würdigung des primären Paragraphen den subsidiären Paragraphen mitberücksichtigt hat. Die Verteidigung des Angeklagten ist auch durch Anwendung des subsidiären Strafgesetzes nicht schwieriger geworden, und das ist doch hauptsächlich für den § 264 StPO. von Bedeutung;[2]) trotzdem ist der Anregung Hill's beizustimmen, daß auch die subsidiären Paragraphen im Eröffnungsbeschluß aufzunehmen sind unter der Bezeichnung „subsidiär".

Auch materiell ist die Unterscheidung von großer Wichtigkeit. Teilnahmehandlungen können bei der Idealkonkurrenz zu jedem konkurrierenden Delikt geleistet werden, beim Subsidiaritätsverhältnis nur zum Delikt, bezüglich dessen die Anklage erhoben worden ist. Da die Körperverletzung der Tötung sub-

[1]) Meyer-Allfeld S. 352 n. 47. Olshausen n. 12b zu § 303. Beling S. 525.
[2]) Ebenso Hill S. 19.

sidiär ist, kann nur derjenige, der zur Tötung anstiftet, als Teilnehmer gestraft werden, nicht aber derjenige, der zur Körperverletzung anstiftet. Bei der Idealkonkurrenz müssen sämtliche konkurrierenden Delikte im Urteilstenor ausdrücklich genannt werden, soweit eine Schuldigerklärung oder eine Verurteilung erfolgt, nicht so bei der Gesetzeskonkurrenz. Diese Konstatierung hat Einfluß bei der Beurteilung, ob ein Delikt rückfallbegründend wirkt oder nicht. Ist z. B. wegen eines Deliktes, welches beim Rückfall eine schwerere Bestrafung erfährt, eine Bestrafung erfolgt, so daß bei nochmaliger Begehung des Deliktes die Voraussetzungen für den Rückfall gegeben wären, und wird dieses Delikt dann auch wirklich in Idealkonkurrenz mit einem anderen Delikt verübt, so begründet dieses Delikt trotzdem Rückfall. Auch für die Vorstrafen würde ein ideell konkurrierendes Delikt von Belang sein.

Ein nur in Gesetzeskonkurrenz stehendes Delikt könnte hiegegen niemals als rückfallbegründend angesehen werden.

Dr. Wild'sche Buchdruckerei
Gebr. Parcus :: München